



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O PAPEL DO ANTITRUSTE BRASILEIRO NA CONSECUÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A ABORDAGEM DA
QUESTÃO AMBIENTAL NA ANÁLISE ANTITRUSTE**

Aline Crivelari

Brasília – DF

2018

ALINE CRIVELARI

**O PAPEL DO ANTITRUSTE BRASILEIRO NA CONSECUÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A ABORDAGEM DA
QUESTÃO AMBIENTAL NA ANÁLISE ANTITRUSTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em “Direito, Estado e Constituição”, na linha de pesquisa “Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Orientadora: Professora Doutora Ana Frazão

Brasília – DF

2018

Aline Crivelari

**O PAPEL DO ANTITRUSTE BRASILEIRO NA CONSECUÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A ABORDAGEM DA QUESTÃO
AMBIENTAL NA ANÁLISE ANTITRUSTE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestra, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, mestrado em “Direito, Estado e Constituição”, linha de pesquisa “Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Aprovada em 08 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana Frazão
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) – Orientadora

Professora Doutora Paula Andrea Forgioni
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) – Membro

Professora Doutora Amanda Athayde Linhares Martins Rivera
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) – Membro

Professora Doutora Carina Costa de Oliveira
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) – Suplente

AGRADECIMENTOS

À Laura, a Luiz, à Lícia e a Gót, pelo amor e apoio mais valorosos e por fazerem tão parte do que sou;

à minha orientadora, Professora Ana Frazão, pelo exemplo motivador de profissional, como professora, pesquisadora, advogada e Conselheira do Cade, pelo conhecimento generosamente compartilhado e pelas ricas discussões que foram e são fundamentais para minha compreensão do antitruste como instrumento de promoção da existência digna; pelas indicações de leitura, as quais, ainda como aluna especial no mestrado da UnB, fizeram brotar em mim as inquietações que culminaram no projeto de pesquisa; pela confiança depositada para a monitoria nas turmas da graduação, experiência enriquecedora; e por ser fonte de inspiração para reflexões que se mostram presentes em todo este trabalho;

à Lícia, pelos valiosos ensinamentos sobre economia e pela literatura econômica indicada, sem os quais este trabalho não seria o mesmo; pelos livros emprestados e, principalmente, pela alegria recíproca na convergência para onde direito e economia buscam a justiça econômica, social e ambiental;

ao Gót, pelas horas que lhe roubei dos filmes e de leituras mais prazerosas sobre justiça, antropologia, sociologia, arte, cinema e todos os temas pelos quais é apaixonado, para ler e discutir comigo esta dissertação; pelas ideias compartilhadas; pelas tabelas construídas e reconstruídas; pelos meses em que tocou piano com fone de ouvido ao meu lado, enquanto eu redigia o trabalho, apenas pela companhia silenciosa nas madrugadas;

a todos os professores que passaram por minha vida até então e contribuíram para minha formação como estudante, profissional e, principalmente, como ser humano: à mãe professora de física, ao pai professor de artes; aos professores do colégio, dos cursos mais diversos, da graduação em direito no Largo de São Francisco – USP, da pós-graduação em direito ambiental na PUC-SP, da graduação em artes visuais da UnB (IdA) e, em especial, do mestrado em direito da UnB, com destaque para os que mais diretamente contribuíram para esta pesquisa: Profa. Camila Prando, com quem construímos uma aprendizagem sobre como a aprendizagem é uma via de mãos múltiplas, construída coletivamente e poderosíssima; Profas. Carina de Oliveira e Gabriela Lima, pelas provocações que transformaram minha visão sobre o direito ambiental muito mais rica e crítica, e pela atenção dispendida sempre que procuradas; Prof. Marcus Faro de Castro, pelas profundas lições sobre direito econômico e sobre como pensar a alteração das estruturas em prol da justiça econômica; Prof. Miroslav, pela valiosa indicação das leituras que coloriram com tinta extrajurídica a ideia de emancipação do consumidor a cidadão e outras; e Prof. Paulo Burnier, pelas indicações sobre jurisdições onde encontrar um antitruste mais receptivo aos interesses da coletividade, e pela gentileza e prontidão em contribuir para outros aspectos da pesquisa sempre que contatado. Aos professores cuja produção literária, com a qual tive contato ainda na USP, ao lado dos trabalhos de minha orientadora, são grandes inspirações para esta dissertação: Profa. Paula Forgioni, Profa. Cristiane Derani e Prof. Calixto Salomão Filho. A profissão de vocês é, certamente, a mais bonita do mundo!

às professoras que, ao lado de minha orientadora, compuseram a banca examinadora em minha defesa da dissertação. Em um oito de março, duas outras mulheres, uma honra: Profa. Paula Forgioni, referência de todos nós no antitruste, e Profa. Amanda Athayde, expoente da novíssima geração do antitruste;

aos respondentes do questionário utilizado na pesquisa, os quais gentilmente dedicaram seu tempo para responder às questões, generosamente compartilharam seu conhecimento, seu entendimento, suas preocupações e suas críticas, que foram fundamentais para meu progresso nas reflexões sobre o tema de pesquisa e viabilizaram a consecução do projeto de pesquisa tal como proposto;

aos amigos que compreenderam, ou, mesmo, que não compreenderam muito, e sentiram minha ausência nos últimos tempos, os compromissos rechaçados, as comemorações postergadas e o ombro amigo que eventualmente faltou, e, especialmente, àqueles que de alguma forma contribuíram para a pesquisa, debatendo questões, indicando e fornecendo materiais ou, simplesmente, torcendo para que tudo desse certo. São vários, não irei nominá-los. Tenho muita sorte!

*minha casa incendiou
a cerejeira do jardim floresce
como nada houvesse ocorrido*

(BASHO, Matsuo. *Trilha estreita ao confim*. Tradução de Kimi Takenaka e Alberto Marsicano. São Paulo: Iluminuras, 2008)

RESUMO

Analisa-se a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto brasileiro, investigando sua repercussão sobre o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, quanto à dimensão ambiental, e seus reflexos para a abordagem da questão ambiental na análise de estruturas e condutas realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). A análise do contexto jurídico-normativo brasileiro e a reflexão acerca dos fundamentos do antitruste evidenciam a confluência entre os regimes dos direitos concorrencial e ambiental na ordem econômica constitucional e na noção de desenvolvimento sustentável, do que se extrai a instrumentalidade do antitruste quanto à consecução desse paradigma de desenvolvimento. Além disso, o fator ambiental repercute sobre a concorrência de variadas formas, como de eficiências ambientais e de violação a normas ambientais que propicie vantagem concorrencial indevida. Apesar disso, quase não se constata discussão substancial da questão ambiental nos julgados do Cade, realidade que se insere em um contexto maior de desconstitucionalização e colonização do antitruste brasileiro, o que decorre da interpretação teleológica predominantemente conferida ao antitruste e às definições para os conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor, vinculadas a critérios puramente econômicos e que desconsideram o norte jurídico estabelecido constitucionalmente. O resultado da aplicação de questionário a ocupantes e ex-ocupantes de determinados cargos no Cade, relevantes para a formação do procedimento administrativo e da decisão da autoridade antitruste, todavia, aponta para uma possível abertura à introdução da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, desde que estritamente relacionada à questão concorrencial. Apresenta-se, neste trabalho, proposta para uma mudança de perspectiva de interpretação e aplicação do antitruste com base: na revisitação de disposições constitucionais, como os princípios da defesa do meio ambiente e da função social da propriedade – e da empresa – ; no reconhecimento de que o domínio de recursos naturais pode estar relacionado ao abuso de poder econômico; na reavaliação dos interesses protegidos pelo antitruste, considerando sua titular, a coletividade; e na ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor. Ademais, indicam-se hipóteses em que é cabível a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, as quais, juntamente com o arcabouço teórico desenvolvido, habilitam a autoridade antitruste brasileira a enfrentar a necessária mudança na interpretação e aplicação do antitruste vigentes, para conferir tratamento adequado à questão ambiental no âmbito de sua competência para a defesa da concorrência.

Palavras-Chave: antitruste; direito concorrencial; direito ambiental; desenvolvimento sustentável; ordem econômica constitucional; defesa do meio ambiente e defesa da concorrência.

ABSTRACT

This work analyzes the relation between competition law and environmental law in the Brazilian context, investigating its repercussion on the antitrust role in the achievement of sustainable development, regarding its environmental dimension, and its consequences for the environmental approach in the analysis of the structures and conducts appreciated by the Brazilian Antitrust Authority (CADE). The analysis of the Brazilian legal and normative context and the reflection on the elements of antitrust point towards the confluence of both the competition law and the environmental law in the constitutional economic order and in the notion of sustainable development, from which the antitrust instrumentality for the achievement of this development paradigm is extracted. Furthermore, the environmental factor influences competition in many ways, such as generating environmental efficiencies or creating illegal competition advantages as a result of violation of environmental laws. Notwithstanding, there is hardly any in-depth discussion of environmental matters in CADE's decisions; such a lack is inserted in a bigger frame of deconstitutionalization and colonization of the Brazilian competition law. These two phenomena can be attributed to the predominance of a teleological interpretation of the antitrust and of the definitions of competition, efficiency and consumers' well-being; these definitions are usually disconnected from the constitutional core values and tackled exclusively from an economic standpoint. The result of the survey answered by former and current specific position holders at CADE, relevant to the establishment of administrative procedures and to the antitrust authority's decision-making, indicates a certain degree of receptiveness to the introduction of environmental issues to the antitrust analysis, provided that the matter is strictly related to competition protection. The present work offers a proposal for a change of interpretative perspective and application of antitrust through the reevaluation of the constitutional dispositions, such as the principles of the environmental protection and the social function of property – and of companies themselves – ; through the recognition that natural resources control may be related to the abuse of economic power; through the reevaluation of the interests protected by antitrust, considering the community its principal holder; and finally through a new appreciation of the notions of competition, efficacy and consumers' well-being. This work, moreover, puts forward some hypotheses that, together with the theoretical framework developed, enable the Brazilian antitrust authority both to produce a much-needed change in the current interpretation and application of antitrust law and to address the environmental issue properly within its jurisdiction over competition protection.

Keywords: antitrust; competition law; environmental law; sustainable development; constitutional economic order; environmental protection; competition protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1: ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE CONSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	30
1.1 – A relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro.....	30
1.1.1 – Contextualização das discussões sobre os fundamentos do antitruste: trilha estreita entre os direitos concorrencial e ambiental.....	32
1.1.2 – Ordem econômica constitucional e paradigma do desenvolvimento sustentável: encruzilhada da relação entre os direitos concorrencial e ambiental.....	55
1.1.3 – Antitruste desconstitucionalizado: desvio do direito ambiental, a Lei nº 12.529/11 e o Guia para análise de atos de concentração horizontal do Cade.....	67
1.2 – Confluência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano teórico: caminho para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste	77
1.2.1 – Admissão da relação entre o exercício abusivo de poder econômico e a exploração e dominação de recursos ambientais.....	79
1.2.2 – Reinterpretação ou resignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor a partir do direcionamento constitucional	90
1.2.3 – Reconhecimento da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste e emancipação do consumidor a cidadão	111
CAPÍTULO 2: A ABORDAGEM DA QUESTÃO AMBIENTAL NA ANÁLISE ANTITRUSTE	115
2.1 – A relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto prático: a abordagem da questão ambiental nos procedimentos administrativos no Cade.....	116
2.1.1 – Achados ambientais: uma pedra no caminho do antitruste	118
2.1.2 – Reflexões finais e síntese da análise e da interpretação dos dados.....	131
2.2 – O resultado do questionário submetido a integrantes e ex-integrantes do Cade: sinalizações a partir de um ponto de vista privilegiado do debate.....	132
2.2.1 – Questão 1: violação de normas ambientais e infração à ordem econômica	138

2.2.2 – Questão 2: violação de normas ambientais e eficiência econômica.....	141
2.2.3 – Questão 3: marketing ambiental enganoso e infração à ordem econômica	143
2.2.4 – Questão 4: eficiências ambientais e atos de concentração econômica	145
2.2.5 – Questão 5: violação de normas ambientais e exercício abusivo de poder econômico	147
2.2.6 – Questão 6: fundamentos, objetivos, princípios e valores do antitruste	150
2.2.7 – Questão 7: obstáculos ou dificultadores da abordagem da questão ambiental na análise antitruste.....	152
2.2.8 – Correlações entre respostas às questões de 1 a 7	156
2.2.9 – Reflexões finais, síntese da análise e interpretação dos dados.....	161
CAPÍTULO 3: CONVERGÊNCIA ENTRE OS DIREITOS CONCORRENCIAL E AMBIENTAL NO PLANO PRÁTICO: HIPÓTESES DE ABORDAGEM DA QUESTÃO AMBIENTAL NA ANÁLISE ANTITRUSTE	170
3.1. – Eficiências e outros benefícios ambientais: travessia para o desenvolvimento sustentável	179
3.2 – Violações a normas ambientais, marketing ambiental enganoso, carteis ambientais e outras práticas que conectem o poder econômico ou a concorrência a aspecto ambiental: readequação da trajetória rumo ao desenvolvimento sustentável	198
3.3 – A questão ambiental em acordos em controle de concentrações e termos de compromisso de cessação de prática: possível atalho para o desenvolvimento sustentável	217
CONCLUSÕES.....	220
REFERÊNCIAS	232
ANEXO A - CARTA DE APRESENTAÇÃO DE PESQUISADORA E SUBMISSÃO DE QUESTIONÁRIO – PESQUISA ACADÊMICA – MESTRADO EM DIREITO	247
ANEXO B - QUESTIONÁRIO	249
ANEXO C – TABELAS	254

INTRODUÇÃO

Este trabalho resulta de estudo sobre o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável¹, no que tange à dimensão ambiental² desse paradigma de desenvolvimento. O problema de pesquisa é sintetizado na seguinte questão: como a relação entre os direitos concorrencial³ e ambiental brasileiros define o mencionado papel do antitruste e repercute sobre a abordagem da questão ambiental⁴ na análise de estruturas e condutas realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

¹ O termo “desenvolvimento sustentável” é utilizado, no presente trabalho, no sentido de paradigma para a interpretação sobre a relação entre crescimento econômico, desenvolvimento e defesa do meio ambiente. Resulta de uma alteração de entendimento prevalecente no pensamento econômico tradicional, segundo o qual o meio ambiente é um fator externo e alheio às atividades econômicas, mera fonte provedora de recursos naturais, para um novo entendimento, de que há interdependência entre economia, meio ambiente e sociedade. O termo, portanto, explicita a ligação intrínseca entre a questão ambiental e a atividade econômica, impõe obediência a uma ética ambiental e orienta a intervenção do Estado na economia para a proteção do meio ambiente. Sobre essa dimensão ética, Amaral Jr. afirma ser ela inafastável e voltar-se ao aperfeiçoamento de toda a sociedade e a manter a integridade ecológica, entre outros aspectos (AMARAL JR., Alberto do. O desenvolvimento sustentável no Plano Internacional. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 92-93). A origem do termo remete à ideia de desenvolvimento “que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, relatório “Nosso Futuro Comum”, 1987. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em 17.10.2016), cujo alcance depende da contemplação da proteção ambiental como parte integrante do processo de desenvolvimento, e não isoladamente, e que para ser atingido concomitantemente com uma mais alta qualidade de vida a todos, depende de os Estados reduzirem e eliminarem padrões insustentáveis de produção e consumo (Princípios 4 e 8 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 17.10.2016). A noção de desenvolvimento sustentável sofre críticas em virtude da banalização de seu uso remeter frequentemente a um idealizado equilíbrio entre desenvolvimento econômico, proteção ambiental e bem-estar social, além de conter uma essência ideológica que criaria uma falsa ideia de harmonia entre o capitalismo e a questão ecológica (VIZEU, Fabio; MENEGHETTI, Francis Kanashiro; SEIFERT, Rene Eugenio. Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 569-583, set 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512012000300007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 01.10.2017). Apesar de reconhecermos a pertinência de tais críticas, a mudança de paradigma propiciada pela ideia de desenvolvimento sustentável, ainda que se argumente situar-se predominantemente no plano teórico, é suficiente para fundamentar a utilização do termo e orientar sua interpretação neste trabalho, além de a popularidade do termo facilitar a comunicação do tema de pesquisa.

² Atualmente, fala-se em diversas dimensões do desenvolvimento sustentável, além das tradicionais dimensões ambiental, social e econômica, incluindo-se, por exemplo, as dimensões cultural e territorial.

³ Os termos “direito concorrencial”, “direito da concorrência” e “direito antitruste” são utilizados, neste trabalho, com o mesmo sentido, à parte a genealogia dos termos.

⁴ “Questão ambiental” é expressão empregada, neste trabalho, no sentido de toda questão que derive da relação, direta ou indireta, entre o meio ambiente e o exercício abusivo de poder econômico, ou entre o meio ambiente e a atividade econômica, estrutura ou conduta de agente econômico, com efeitos potenciais ou efetivos, positivos ou negativos, para a concorrência. É utilizada para designar violação a normas ambientais, “eficiências ambientais”, marketing ambiental enganoso, domínio ou uso abusivo de recursos ambientais escassos, discriminação comercial com base em justificativa ambiental, dentre outras hipóteses que, quando necessário, serão individualizadas no trabalho. O termo “eficiências ambientais”, para fins de compreensão das discussões presentes neste trabalho, deve ser entendido como referente à espécie de benefícios em favor da proteção/conservação/preservação ambiental, relacionados a atividades econômicas, estruturas ou condutas de agentes econômicos. São exemplos dessas eficiências: a redução da geração de poluição ou do uso de recurso natural por uma atividade econômica; a melhora da qualidade de um produto, em razão da agregação de atributos de sustentabilidade; e a alteração na produção ou

O trajeto para o tratamento do núcleo temático central deste trabalho – a abordagem da questão ambiental na análise antitruste –, ao qual se relacionam as principais inferências extraídas da pesquisa, passa necessariamente, portanto, pela análise da relação entre os direitos concorrencial e ambiental brasileiros e do papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável. O ponto fulcral para esse estudo é a Constituição Federal brasileira vigente (CF), mais especificamente a ordem econômica constitucional e o paradigma do desenvolvimento sustentável.

O artigo 170⁵ da CF indica como um de seus princípios⁶ norteadores, ao lado da livre concorrência, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. A defesa do meio ambiente também é inerente a, ao menos, outros dois princípios norteadores da ordem econômica e que são mencionados pela Lei nº 12.529/2011⁷: a função social da propriedade e a defesa do consumidor⁸. Esses princípios confirmam que o exercício e a fruição de direitos, garantias e liberdades relacionados à propriedade dos bens de produção e à atividade empresarial devem ocorrer em conformidade com a preservação do meio ambiente, o que é

no uso de um produto que passam a dar-se de modo menos agressivo ao meio ambiente. Para a definição de “meio ambiente” e “recursos ambientais”, adota-se a orientação do artigo 3º da Lei nº 6.938/1981.

⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [...]”.

⁶ Os termos “princípio” e “valor” são utilizados com o mesmo sentido empregado por Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, em que preconiza serem os princípios a dimensão normativa dos valores. “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”. Assim também quanto ao sentido empregado pelo autor a “regras”, como normas de baixo grau de abstração em comparação com os princípios propriamente ditos, e que contêm determinações delimitadas jurídica e factualmente. Enquanto as regras somente podem ser cumpridas ou descumpridas integralmente, os princípios ordenam que seu objetivo seja realizado na maior amplitude possível jurídica e factual, sem se esgotarem. Em hipóteses de conflitos entre princípios, um deles cede, e entre regras, uma é considerada inválida (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-94, 103-108, 144-153).

⁷ “Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

⁸ Adota-se a definição constante do artigo 2º da Lei nº 8.078/90, segundo a qual consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

apontado como uma das principais demandas oriundas de consumidores⁹, que reivindicam um comportamento sustentável por parte das empresas¹⁰. A existência digna, finalidade da ordem econômica, somente é alcançada se observados tais princípios, que informam, ademais, a intervenção do Estado na economia, inclusive por meio do antitruste.

O artigo 173, parágrafo 4^o¹¹, da CF, que trata da repressão ao abuso do poder econômico¹² que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, “tem natureza meramente instrumental e precisa ser compreendido em conformidade com o disposto no art. 170”¹³, cujos princípios devem todos fazer parte, em alguma medida, das reflexões a respeito do poder econômico, tendo em vista que a ordem econômica constitucional orienta a intervenção estatal na economia e a interpretação e a aplicação do direito nessa seara¹⁴.

Em seu artigo 225, *caput*¹⁵, em capítulo integralmente dedicado ao meio ambiente – o que é consagrado a poucos temas –, a CF prevê o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Disso extrai-se a responsabilidade de todos pela preservação ambiental, inclusive do consumidor, que a exercita por meio de um consumo sustentável e da exigência de uma produção também sustentável. Desse dispositivo deduz-se,

⁹ A preocupação ambiental do consumidor e sua intenção em adquirir produtos ambientalmente mais adequados são discutidas em diversos trabalhos (GRIMMER, Martin. Company Environmental Performance and Consumer Purchase Intentions. *Journal of Business Research* 66 (2013) 1945-1953), sendo objeto de estudo não apenas pelo direito, mas pela economia, psicologia, administração, entre outras áreas. Apesar de não haver unanimidade sobre o assunto, são diversos os estudos que apontam no sentido da crescente conscientização do consumidor acerca da questão ambiental, o que refletiria, por vezes, em sua opção de compra, sendo necessário, contudo, observar que há fatores que podem impedir que a intenção por um consumo sustentável seja concretizada, como o fator preço. O tema será melhor desenvolvido no subitem 1.2.2 deste trabalho.

¹⁰ A despeito da discussão em torno do conceito jurídico de “empresa”, em consonância com o tratamento que lhe é conferido pela Lei nº 12.529/2011 e em razão de o presente estudo debruçar-se fundamentalmente sobre o direito concorrencial, neste trabalho empregamos o referido termo em seu sentido subjetivo, de pessoa física ou jurídica, empresário ou sociedade empresária, sujeito de direitos e de obrigações, o qual desenvolve atividade empresarial.

¹¹ “Art. 173. [...] § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

¹² O poder econômico caracteriza-se por implicar posição privilegiada por parte de um agente econômico, podendo significar influência no comportamento de determinado mercado relevante, não resultando necessariamente do porte, do faturamento ou da participação de mercado de uma empresa. Esse poder, quando utilizado para atuar em segmento específico da economia, ou seja, em um mercado relevante, configura poder de mercado (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.102, 103).

¹³ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29-30, 41-42, 46-47, 50, 139.

¹⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 91.

¹⁵ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]”.

ainda, que tal preservação não se limita a uma demanda específica de consumidores, correspondendo a um interesse da coletividade, titular, ao mesmo tempo, dos interesses protegidos pela ordem econômica constitucional e pelo antitruste¹⁶. Isso pois é a coletividade que se relaciona, de forma ampla, com as atividades econômicas, desenvolvidas ou não em regime concorrencial, independentemente de qualquer relação de consumo ou outra relação jurídica que os indivíduos mantenham com empresas¹⁷. É também a coletividade que suporta, entre seus integrantes, sejam consumidores ou não, as consequências da violação a normas ambientais e as externalidades ambientais negativas geradas pela atividade econômica. Por isso, seus interesses, com destaque para o relativo à preservação ambiental, não necessariamente coincidirão com os dos consumidores, mas não podem ser ignorados pelo controle antitruste no cálculo dos benefícios e malefícios (ou efeitos líquidos) decorrentes de estruturas e de condutas.

O artigo 3º, inciso II¹⁸, da CF, por sua vez, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional, o qual somente pode ser compreendido no sentido de desenvolvimento sustentável¹⁹, paradigma do qual decorre a submissão das atividades econômicas a orientações e a parâmetros jurídicos permeados pelo diálogo entre suas dimensões econômica, ambiental e social. Essa relação intrínseca entre atividade econômica e meio ambiente repercute, conforme o caso, no estabelecimento de mercados relevantes²⁰, de padrões de concorrência possíveis e desejáveis para mercados, da eficiência e do bem-estar da coletividade²¹ exigíveis em decorrência de concentrações, entre outros aspectos relevantes para a análise antitruste.

¹⁶ Conforme *caput* do artigo 170 da CF e artigo 1º da Lei nº 12.529/2011.

¹⁷ Como observa Forgioni, “os consumidores não são a única categoria dentro do sistema econômico, há empregados, empresas de variados portes, pessoas carentes, serviços públicos a serem prestados à população, dentre outros” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 16).

¹⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II - garantir o desenvolvimento nacional”.

¹⁹ O que se extrai da CF, com destaque para seus artigos 3º, inciso II, 170 e 225, de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e de diversas normas infraconstitucionais. Como afirma Dowbor, a fórmula sugerida pelo Relatório sobre o Desenvolvimento Humano (1990), das Nações Unidas, define que o desenvolvimento envolve uma sociedade economicamente viável, justa e ambientalmente sustentável. Portanto, qualquer iniciativa na busca pelo desenvolvimento deve considerar esses três ângulos (DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 25-26).

²⁰ CARRIER, Michael A. An Antitrust Framework for Climate Change. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 9, n. 8, p. 513, 2011. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=njtip>>. Acesso em 05.05.2016.

²¹ Neste trabalho, utiliza-se o termo “bem-estar da coletividade” ou “bem-estar da sociedade” com significado atrelado a aspectos meta e extraeconômicos que remetem à existência digna, como os relacionados ao direito de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esse significado difere do comumente atribuído pela

A compreensão da relação entre os direitos concorrencial e ambiental brasileiros e do papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável ocorre fundamentalmente a partir de uma interpretação holística desses dispositivos, o que se coaduna com o entendimento de que a CF não se interpreta “em tiras”, mas em seu conjunto²². A ordem econômica distribui-se ao longo da CF e a conexão teleológica entre suas partes e objetivos fundamentais da República, como os previstos no artigo 3º e em outros capítulos²³, a exemplo da preservação do meio ambiente, os quais guardam unidade e coerência.

O aspecto ambiental está, portanto, cravado no coração das normas constitucionais que fundamentam o antitruste, como indesejável lembrete para aqueles que pregam uma visão restrita de seus pressupostos, refratária à noção de desenvolvimento sustentável e à consideração do princípio da defesa do meio ambiente. A conexão entre o fator ambiental e o desenvolvimento da atividade econômica, incômoda para muitos, além de estampada em diversas normas do ordenamento jurídico brasileiro, é perceptível a olho nu. São inúmeras as hipóteses em que as questões ambientais e as concorrenciais se influenciam, pela via do abuso de poder econômico, da violação a normas ambientais, da geração de eficiências ambientais, da discriminação comercial baseada em justificativa ambiental ou de outras formas.

A violação a normas ambientais, a degradação ambiental e o exercício abusivo dos direitos relativos ao domínio de recursos naturais, principalmente de recursos escassos e essenciais à sadia qualidade de vida, podem consistir em causa, meio ou consequência do exercício abusivo²⁴ de poder econômico, e ter como efeito potencial ou efetivo a dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucro, configurando infração à ordem econômica. Tais situações podem permitir a uma empresa o desenvolvimento de atividade econômica com vantagem concorrencial indevida em comparação com seus concorrentes que não incidem nas mesmas condutas. Exemplificam essas situações o desrespeito à norma ambiental que viabiliza a uma empresa a utilização de insumo ao qual seus

literatura antitruste a “bem-estar social”, o qual é concebido em termos de eficiência econômica, se baseia nos efeitos líquidos de uma operação ou conduta em favor do “mercado” e dos agentes envolvidos, é desprovido de “conotações ético-políticas”, é associado à configuração econômica analisada e mensurado com base na soma dos totais dos excedentes do consumidor e do produtor (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 98-101).

²² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 131, 160-163, 192, 270, 284.

²³ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 170.

²⁴ Exercício anormal, desviado da finalidade, da função, visando à obtenção de efeitos anticoncorrenciais (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 416).

concorrentes não têm acesso, com aproveitamento para melhoria da qualidade de seus produtos, ou que lhe possibilita a redução dos custos de produção e a oferta de produto a preço inviável de ser praticado pelos concorrentes, e o abuso do domínio de determinado recurso natural escasso por empresa que aproveita para aumentar arbitrariamente o preço de seus produtos.

O marketing ambiental enganoso²⁵ pode propiciar à empresa que se utiliza de tal artifício vantagem concorrencial indevida sobre os concorrentes que não adotam a mesma prática. Isso ocorre principalmente em razão da possível influência que argumentos de cunho ambiental têm sobre investidores, consumidores e outros agentes²⁶, levando a empresa favorecida pela prática à obtenção de ganhos de participação de mercado às custas de falsos benefícios ambientais. Frustra-se justa expectativa dos consumidores de empregar seus recursos em opções mais sustentáveis e, ao mesmo tempo, prejudica-se a livre concorrência.

Práticas comerciais discriminatórias podem ser realizadas sob justificativas de cunho ambiental. Isso ocorre, por exemplo, com a recusa, por parte de uma empresa, em negociar com concorrentes sob o pretexto de que não atendem a determinado padrão de sustentabilidade²⁷ no desenvolvimento de sua atividade econômica, muito mais alto do que exigem as normas ambientais, com o objetivo velado de privilegiar a contratação de empresa integrante de seu grupo econômico, a única que atenderia a esse elevado e específico padrão.

Uma associação entre empresas com vistas à adoção de medidas favoráveis à preservação do meio ambiente, como o desenvolvimento de nova tecnologia ecológica ou de mecanismo comum para a redução de impactos ambientais negativos de determinada atividade econômica, pode ser reconhecida como geradora de benefícios ambientais. A mesma estrutura,

²⁵ Aquele que associa a produto, serviço ou atividade empresarial, em publicidade, informações falsas acerca de atributos relacionados à sustentabilidade e a benefícios (ou ausência /redução de malefícios) ambientais.

²⁶ Há diversos estudos sobre o tema, do qual se tratará com maior profundidade no item 1.2.2.

²⁷ O conceito de sustentabilidade remete ao valor que emana do princípio da solidariedade intergeracional, relacionado à ideia de desenvolvimento planejado e responsável no que tange ao uso de recursos naturais nas atividades econômicas, com a finalidade de evitar ou reduzir os riscos ambientais e permitir a continuidade da vida humana. Esse valor esvai-se por toda a ordem jurídica (BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A balança teórica do Estado de Direito Ambiental. Trabalho apresentado no 14º Congresso Internacional de Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e et al (coords.). *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 641). Esse conceito, contudo, é impreciso e objeto de constante disputa na literatura e nas relações internacionais, além de, por vezes, ser interpretado sob uma ótica excessivamente econômica, podendo-se afirmar, genericamente, que se trata de atributo a ser observado na relação com recursos ambientais (MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 59, 62).

todavia, pode configurar cartel, ou acarretar a exclusão de concorrentes aos quais é dificultado o acompanhamento da ação dos demais.

A apresentação desse cenário tem a função de iniciar a contextualização do problema de pesquisa, que emerge do fato de que, mesmo diante da conexão entre os direitos concorrencial e ambiental, propugnada pela ordem econômica constitucional e pela noção de desenvolvimento sustentável e evidenciada pelos exemplos expostos, constatou-se, em estudo prévio à elaboração do projeto de pesquisa²⁸, a quase inexistência de abordagem substancial da questão ambiental²⁹ na análise antitruste. Verificou-se que aspectos ambientais relativos a estruturas, a condutas e ao exercício de atividades econômicas, em regra, não são suscitados pelo Cade em procedimentos administrativos³⁰, e quando, excepcionalmente, são suscitados pelas partes, por investigados ou outros, tais aspectos costumam ser ignorados pelo Conselho.

Essa situação está inserida em contexto no qual se aponta que as decisões do Cade frequentemente não se fundamentam nos princípios constitucionais, fenômeno tratado como “impermeabilização e desconstitucionalização metodológica” do antitruste brasileiro³¹. Tais decisões exporiam a tendência à redução do antitruste a uma metodologia econômica³², que ditaria os parâmetros para sua interpretação e aplicação. Sob influência dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago, a análise antitruste estaria baseada predominantemente em critérios consequencialistas de eficiência econômica³³ que, em geral, limitam-se a oferecer subsídios à aplicação do direito, sendo indiferentes a direitos subjetivos e a princípios jurídicos³⁴. Essa eficiência econômica foi, em determinado momento³⁵, traduzida como bem-

²⁸ Incidente sobre julgados do Cade ocorridos até junho de 2015.

²⁹ Considerar como abordagem “substancial” da questão ambiental o enfrentamento e a análise explícitos, em manifestações do Cade, da repercussão dessa questão para a concorrência, ou dos efeitos do abuso de poder econômico para o meio ambiente.

³⁰ “Procedimentos administrativos”, conforme artigo 48 da Lei nº 12.529/2011, é termo utilizado para designar: o procedimento preparatório e o inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por essas infrações e para análise de ato de concentração econômica, o procedimento administrativo para apuração desses atos e o processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

³¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. *A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19.05.2014.

³² FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23.

³³ Eficiência alocativa (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 176, 179-180; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39-40, 111).

³⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38, 86, 88, 111, 139.

³⁵ De acordo com Farina e Araujo, a partir dos anos 1980 é que o bem-estar agregado, ou do consumidor, é adotado como objetivo na implementação das leis antitruste (FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. In:

estar do consumidor³⁶, que restou equiparado a uma questão de preço³⁷. Mas nem mesmo esse ambiente de expansão da economia sobre o direito antitruste, somado ao fato de que a questão ambiental é amplamente estudada a partir do instrumental econômico³⁸ – que lhe fornece aparato teórico, inclusive, para a quantificação de eficiências ambientais – foi suficiente para motivar a introdução da abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Para esse quadro contribuiria a Lei nº 12.529/2011: i) pretendendo afastar-se da incidência de parte dos princípios norteadores da ordem econômica constitucional, como a defesa do meio ambiente, excluído da menção a ditames constitucionais em seu artigo 1º; ii) estabelecendo a eficiência econômica como um salvo-conduto em alguns casos de condutas e estruturas potencial ou efetivamente danosas à concorrência e ao consumidor³⁹, sem qualquer garantia de contrapartida efetiva e integral para tais efeitos negativos; e iii) reforçando que o bem-estar a ser considerado nas análises antitruste é o do consumidor, e não o da coletividade, ignorando a multifacetária relação das atividades econômicas e empresariais com a sociedade e a multiplicidade de interesses atribuídos aos indivíduos-cidadãos.

SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363, 396).

³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 40. Para aprofundamento sobre a alçada da eficiência econômica a objetivo do antitruste e sua equiparação a bem-estar do consumidor, ver a obra influenciadora da ideia, *The Antitrust Paradox*, de Robert Bork (1993).

³⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167, 256; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-54, 86.

³⁸ A economia ambiental, surgida no final da década de 1950, trata de efeitos da atividade econômica sobre o meio ambiente e da relevância dos recursos naturais para a economia, e discute a regulação da atividade econômica com vistas ao equilíbrio entre objetivos ambientais, econômicos e sociais (CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet. *Curso de gestão ambiental*. Barueri: Manole, 2004. p. 575). A economia ambiental, todavia, parte da ideia de monetarização da natureza, uma vez que atribui importância fundamentalmente ao crescimento econômico. A economia ecológica, por sua vez, volta-se ao estudo da operacionalização do desenvolvimento sustentável, sendo responsável por promover a abertura para outras disciplinas e pela referência inicial ao desenvolvimento sustentável, além de enfrentar a questão da ruptura na capacidade de carga dos ecossistemas e da irreversibilidade de efeitos das atividades humanas, conferindo destaque ao valor intrínseco do meio ambiente, não monetarizado. A economia do desenvolvimento sustentável, por fim, baseia-se na complementaridade entre a economia ambiental e a economia ecológica (BÜRGENMEIER, Beat. *Economia do Desenvolvimento Sustentável*. Tradução de Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 259-261).

³⁹ Conforme artigos 36, parágrafo 1º, e 88, parágrafo 6º, “c”, da Lei nº 12.529/2011: “Art. 36. [...] § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”; e “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...] § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”.

Além disso, parte da literatura defende o uso das teorias consequencialistas de análise de eficiência econômica, para as quais, em geral, basta como resultado a variação positiva na soma dos ganhos do produtor e dos prejuízos dos consumidores (bem-estar do excedente total), pois ignora princípios e valores constitucionais e questões redistributivas⁴⁰. Tais teorias, em geral, apoiam a intervenção mínima – e, por vezes, a ausência de intervenção – do Estado na economia e a liberdade de as empresas reduzirem custos em detrimento da concorrência, estabelecendo a eficiência econômica como valor prevalecente na análise antitruste⁴¹, mesmo não havendo referência a ela na CF, o que conflita com objetivos constitucionais como o desenvolvimento⁴².

Em sentido oposto ao de correntes de pensamento impermeáveis a discussões sobre valores metaeconômicos e extraeconômicos⁴³ e questões redistributivas, há literatura que reclama a função do antitruste na promoção de desenvolvimento. Entre seus expoentes, Fox⁴⁴, que aponta para a instrumentalidade do antitruste em relação à consecução do desenvolvimento sustentável, porém sob o enfoque do combate à pobreza⁴⁵ e à desigualdade e do

⁴⁰ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 168-169, 173-175. As questões redistributivas envolvem reflexões que ultrapassam o tema do crescimento econômico, voltando-se a pensar no que Dowbor resume como “o que está crescendo e para quem” (DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 25).

⁴¹ Cita-se como exemplo o entendimento de que o objetivo central da defesa da concorrência é a eficiência econômica, e que a intervenção do Estado na economia por meio do antitruste fundamenta-se pela existência de falhas de mercado (REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Defesa do consumidor e disciplina antitruste. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 298-300).

⁴² ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 173-175.

⁴³ Respectivamente, valores que influenciam a economia, sem fazer parte dela, e que não se traduzem em preços do mercado.

⁴⁴ FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017. p. 22-23, 26-27.

⁴⁵ A pobreza é uma das principais causas e um dos principais efeitos dos problemas ambientais no mundo (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, relatório “Nosso Futuro Comum”, 1987. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em 17.10.2016).

desenvolvimento inclusivo⁴⁶, a partir da ideia de capacitação das pessoas para participação em mercados e de fazer com que mercados trabalhem em prol das pessoas desprovidas de poder⁴⁷.

Em documento intitulado “O papel da política de concorrência na promoção de crescimento sustentável e inclusivo”⁴⁸, a UNCTAD⁴⁹ consigna que a política concorrencial pode contribuir para o desenvolvimento sustentável e para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável⁵⁰ estabelecidos pelas Nações Unidas. A UNCTAD argumenta que a política concorrencial tem uma relação de complementaridade com outras políticas públicas, como a ambiental, defendendo a isenção antitruste para acordos que promovam a proteção ambiental e a aplicação do antitruste a partir da perspectiva do desenvolvimento sustentável, considerando e conferindo valor, por exemplo, ao desenvolvimento de tecnologias ecológicas e de produtos verdes.

Especificamente quanto à abordagem da questão ambiental pelo direito concorrencial, destaca-se a teoria geral do antitruste formulada por Salomão Filho⁵¹. O autor critica o tratamento conferido pelo antitruste ao consumidor, reduzido a um ser unidimensional⁵², cujo único interesse seria limitado a uma questão de preço dos bens, e destaca a preservação ambiental como um possível interesse do consumidor, ignorado pelo antitruste. Nesse ponto,

⁴⁶ Bonakele explica que, na África do Sul, para enfrentar desigualdades históricas, exclusão econômica, pobreza e desequilíbrios econômicos e políticos, a análise antitruste incorporou a avaliação do interesse público nos processos de concentração (BONAKELE, Tembinkosi. Interviewed by Ioannis Lianos in anticipation of the 4th edition of the joint conference co-organized by Concurrences Review and New York University School of Law, *Antitrust in Developing Countries: competition policy in a politicized world*. New York City, Oct 2017. Disponível em: <<https://www.eventbrite.com/e/interview-with-tembinkosi-bonakele-antitrust-in-developing-countries-tickets-38769388284>>. Acesso em 12.10.2017).

⁴⁷ Com outra abordagem, mas também em prol do desenvolvimento inclusivo: CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

⁴⁸ UNCTAD. *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat*. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/trdbpconf8d6_en.pdf>. Acesso em 08.01.2018.

⁴⁹ Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development*).

⁵⁰ Sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, informações disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 30.12.2017.

⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3-4, 41, 119-120.

⁵² O autor remete a termo utilizado por Herbert Marcuse, em *One-Dimensional Man: Studies in Ideology of Advanced Industrial Society* (London, Routledge, 1964), para designar o reducionismo da noção de consumidor realizado pela teoria econômica neoclássica, referindo-se à inserção do trabalhador no sistema capitalista de produção e alertando para os perigos relacionados ao consumo e à vida cotidiana dos cidadãos, os quais “tendem a ter suas vontades, habilidades e prazeres reduzidos e mensurados apenas em termos econômicos” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120).

remete à moderna teoria da escolha social⁵³ e aos trabalhos de Sen⁵⁴, que demonstrou o quão podem mostrar-se equivocados os pressupostos da teoria econômica tradicional quanto ao comportamento autointeressado, segundo o qual as pessoas maximizam a função de utilidade, que dependeria apenas do consumo e determinaria todas as suas escolhas. Para Sen, considerações éticas – que, no presente trabalho, admite-se como abrangentes da ética ambiental, da preocupação com a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações – poderiam induzir à maximização de outros objetivos além do bem-estar da pessoa ou ao estabelecimento de seu bem-estar em objeto diverso do consumo.

Ainda em relação ao tratamento da questão ambiental pelo direito concorrencial, Salomão Filho⁵⁵ afirma que uma visão jurídica do antitruste impõe a consideração de que a concorrência incide sobre outros elementos além do preço, como o respeito a normas ambientais, e que empresas que violam tais normas situam-se em um padrão de concorrência diverso daquele em que situadas as empresas que as respeitam. Assim, com seus custos reduzidos em razão do descumprimento de normas ambientais, podem adotar preços impraticáveis por suas concorrentes, o que lhes favorece a dominação de mercados. Para evitar o triunfo dessas empresas danosas à ordem econômica, o autor defende que a análise de estruturas e de condutas deve abranger a verificação do cumprimento das “regras básicas do direito econômico” pelos participantes, entre as quais, as normas ambientais.

Ademais, Salomão Filho⁵⁶ afirma que o poder econômico tem efeitos para além do mercado e outras origens que não apenas o mercado e o direito, como as relações de dominação da natureza, que deveriam ser consideradas na análise de estruturas principalmente, pois a existência de poder econômico nesses casos é ainda mais danosa socialmente e não pode ser bem captada pelos instrumentos tradicionais de detecção de poder nos mercados.

Para o desenvolvimento deste trabalho, partiu-se de problematização apoiada, inicialmente, em literatura⁵⁷ que, em síntese: i) afirma que a defesa da concorrência é

⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 55.

⁵⁴ SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 51, 96-97.

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3-4, 365-366.

⁵⁷ É importante destacar que o presente trabalho, apesar de ter seus pressupostos teóricos fundamentais extraídos da literatura jurídica, é embasado em vertentes da literatura econômica em que prevalecente o entendimento de que a economia é orientada, como afirma Dowbor, para a construção de objetivos comuns, que nos interessam como humanidade, e não para a criação de um ambiente favorável ao mercado como um fim em si – o qual,

instrumental ante a finalidade, os princípios e os valores da ordem econômica constitucional, os quais devem pautar a interpretação e a aplicação do antitruste brasileiro, as quais se encontram deles indevidamente distanciadas; ii) reconhece o papel do antitruste na promoção do desenvolvimento sustentável; e iii) defende a necessidade de o antitruste considerar a questão ambiental e de o fator ambiental ser absorvido na compreensão sobre exercício abusivo de poder econômico, concorrência, eficiência e bem-estar e interesse do consumidor.

Com base nesses pressupostos teóricos, propõe-se seu aprofundamento em direção do propósito da pesquisa: investigar os reflexos da relação entre os direitos concorrencial e ambiental brasileiros para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, como concretização do papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, quanto à sua dimensão ambiental.

Os objetivos específicos da pesquisa foram estabelecidos como: i) desenvolver um arcabouço teórico sobre a relação entre os direitos concorrencial e ambiental, o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável e a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, com conclusões específicas e próprias deste trabalho; ii) investigar, analisar, descrever e interpretar a abordagem da questão ambiental nos autos de processos administrativos julgados ou em trâmite no Cade até 11.01.2018⁵⁸; iii) analisar, descrever, produzir dados e interpretar o resultado do questionário submetido a ocupantes e ex-ocupantes de determinados cargos no Cade entre 29.05.2012⁵⁹ e 10.12.2017⁶⁰, com questões relacionadas ao objeto de pesquisa; iv) identificar possíveis obstáculos ou dificultadores para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste com base na análise do ordenamento jurídico brasileiro e dos resultados obtidos com a pesquisa empírica; e v) se viável, apresentar proposta para superação desses obstáculos ou dificultadores, inclusive com a identificação de hipóteses

originariamente, em ciência econômica, tinha como significado predominante o conjunto de mecanismos de concorrência que permitem a agentes econômicos competirem de forma livre nos espaços de trocas comerciais, mas que, hoje, frequentemente refere-se aos grupos de corporações e investidores institucionais que dominam mercados por mecanismos de controle, tornando-os menos democráticos. Essa literatura econômica inverte a lógica de que o social é um meio para assegurar objetivos econômicos, defendendo que o econômico é um meio para melhorar a qualidade de vida das pessoas, colocando a economia a serviço de objetivos como a saúde, a educação e o meio ambiente (DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 26-27, 29, 57 – nota de rodapé 5, 62-63, 133). Assim, a despeito do protagonismo do direito na definição dos fundamentos e escopo do antitruste, neste trabalho admite-se de fundamental importância para as reflexões sobre o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável os subsídios da economia que se reconhece como instrumento de promoção desse desenvolvimento.

⁵⁸ Data de encerramento da pesquisa sobre os procedimentos administrativos que tramitaram no Cade.

⁵⁹ Data da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011.

⁶⁰ Data de encerramento do levantamento de ocupantes dos referidos cargos no Cade.

em que se mostra cabível a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, com a intenção de contribuir para o avanço no estudo do tema e para a efetivação do papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, subsidiando o percurso de uma sustentabilidade fraca para uma sustentabilidade forte⁶¹ em termos de proteção ambiental. Assim, foram estabelecidas três hipóteses de pesquisa⁶², considerando a revisão bibliográfica, os pressupostos teóricos adotados, a pesquisa prévia sobre a abordagem da questão ambiental nos procedimentos administrativos em trâmite ou que tramitaram no Cade e o desenvolvimento de reflexões próprias sobre o tema de pesquisa.

A primeira hipótese estabelecida é a de que, da relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro, é possível extrair o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, concretizado, quanto à dimensão ambiental, pela abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Essa hipótese é testada direta e

⁶¹ Os termos “sustentabilidade fraca” e “sustentabilidade forte” são empregados para diferenciar visões sobre a sustentabilidade. A ideia de sustentabilidade fraca é oriunda de corrente da economia do meio ambiente que emanou diretamente da análise econômica convencional, da economia ambiental neoclássica, e remete ao entendimento de que o estoque de capital total pode crescer de forma quase ilimitada, porque considera que os capitais que o compõem, natural e humano, podem, com facilidade, substituir-se entre si, uma vez que, se o capital natural se torna escasso, seu preço relativo aumenta e ele é substituído por capital humano produzido. A corrente da sustentabilidade forte, presente nas abordagens da economia ecológica, é menos otimista em relação ao desenvolvimento sustentável, pois considera limitada a substitutabilidade entre capital natural e humano, acreditando na prevalência de uma relação de complementaridade entre essas duas categorias de capital, e assevera que a escassez relativa de capital natural poderá inviabilizar o crescimento (MUELLER, Charles C. O debate dos economistas sobre a sustentabilidade: uma avaliação sob a ótica da análise do processo produtivo de Georgescu-Roegen. *Estudos Econômicos*, v. 35, n. 4, p. 687-713, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612005000400004>>. Acesso em 05.12.2017). A economia neoclássica não valora os serviços prestados pela natureza à economia humana, ao passo que a economia ecológica, cujo objeto é a sustentabilidade ecológica da economia, transcende a economia neoclássica para incluir a valoração dos impactos ambientais da economia humana, contabilizando os fluxos de energia e os ciclos de materiais, entre outros elementos (CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet. *Curso de gestão ambiental*. Barueri: Manole, 2004. p. 574-575). A adoção do padrão de sustentabilidade forte justifica-se porque a defesa do meio ambiente destaca-se, entre os demais princípios da ordem econômica, em virtude de sua ligação direta com a proteção do direito fundamental à vida, que conforme Silva, é valor preponderante em relação a outros, como o desenvolvimento, a propriedade e a iniciativa privada (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 849). Entre essas duas vertentes de sustentabilidade, há uma terceira opção de abordagem, da Escola de Londres, segundo a qual o capital ambiental não é intocável, admitindo a exploração econômica até um patamar crítico, e há substitutos entre formas de capital natural, como a madeira e o petróleo, para alguns fins. Essa vertente pressupõe que o progresso do conhecimento e tecnológico podem atenuar a degradação ambiental (BÜRGENMEIER, Beat. *Economia do Desenvolvimento Sustentável*. Tradução de Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 200. p.265-267). Não é demais registrar o risco embutido nessas teorias que confiam em contínuas soluções ambientais trazidas por avanços tecnológicos milagrosos, tal como aponta Dowbor (DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 14).

⁶² Foram identificadas, na elaboração do projeto de pesquisa, e confirmadas, no desenvolvimento do trabalho, teorias rivais das hipóteses de pesquisa adotadas, como: i) a eficiência econômica é (o) escopo do antitruste; ii) o interesse e o bem-estar do consumidor reduzem-se a aspectos estritamente econômicos; e iii) falta competência ao Cade para o tratamento da questão ambiental no bojo da análise antitruste. Essas e outras teorias rivais serão discutidas em diversos momentos ao longo deste trabalho.

indiretamente ao longo deste trabalho, porém com mais ênfase no capítulo 1, além de permear as discussões mantidas nos demais capítulos.

Como segunda hipótese de pesquisa, estabeleceu-se que, em que pese a existência de um arcabouço jurídico-normativo do qual seja possível extrair o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável e que legitime a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, tal premissa não se projetado, ou tem-se projetado de forma inexpressiva, nos procedimentos administrativos que tramitam no Cade. Essa hipótese é testada por meio da pesquisa empírica descrita no item 2.1, é objeto de tratamento teórico principalmente na sessão 1.1.3 e permeia discussões mantidas em outros tópicos do trabalho.

A terceira hipótese de pesquisa, por sua vez, é a de que é possível uma convergência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano prático, da qual decorre a legitimidade da abordagem da questão ambiental na análise antitruste e a possibilidade de apresentação de uma proposta para hipóteses em que tal abordagem é cabível. Tal convergência ampara-se na adoção, no plano teórico, de uma perspectiva sustentável de interpretação e aplicação do antitruste – da qual se trata no item 1.2 –, condizente com o direcionamento contido na ordem econômica constitucional e na noção de desenvolvimento sustentável. Essa hipótese é testada direta e indiretamente ao longo do trabalho, recebendo tratamento específico no capítulo 3, além de a discussão sobre ela ser enriquecida pelos resultados obtidos com as pesquisas empíricas *stricto sensu*, tratadas no capítulo 2.

A solução do problema, o teste de confirmação das hipóteses e o alcance dos objetivos da pesquisa dão-se por meio dos resultados obtidos com a pesquisa teórico-empírica realizada, em que são adotados os métodos dedutivo e indutivo, dogmático, zetético e sociojurídico, qualitativo e quantitativo, e os ângulos de análise escolhidos são: i) o ordenamento jurídico brasileiro e o “Guia para análise de atos de concentração horizontal do Cade”⁶³; ii) a literatura nacional e a estrangeira, adotados os pressupostos teóricos indicados; iii) as manifestações nos procedimentos administrativos que tramitaram no Cade, e as decisões proferidas pelo Conselho nas quais é identificada a presença de termos específicos, como “ambiental” e “sustentável”, por meio de ferramenta de pesquisa processual disponibilizada no site do Conselho⁶⁴; e iv) o

⁶³ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 02.12.2017.

⁶⁴ Conforme melhor detalhamento do método, a ser apresentado no item 2.1 desta dissertação.

posicionamento de ocupantes e ex-ocupantes de determinados cargos no Cade acerca de questões relacionadas ao tema pesquisa, obtido com a submissão de questionário⁶⁵.

Por meio das técnicas de revisão bibliográfica e documental, objetivou-se apresentar e discutir os pressupostos teóricos adotados e a literatura pertinente, desenvolver o tema no sentido da solução do problema de pesquisa e contribuir para o desenvolvimento de um arcabouço jurídico teórico com conclusões específicas e próprias, para explicar a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto brasileiro e sua repercussão para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Com isso, testou-se a primeira hipótese de pesquisa e orientou-se o tratamento da segunda e da terceira hipóteses.

Com base na técnica da análise de conteúdo de fontes diretas, que recaiu sobre documentos componentes dos autos de procedimentos administrativos que tramitaram ou encontravam-se em trâmite no Cade até 11.01.2018, investigou-se a existência de abordagem da questão ambiental na análise antitruste. A análise das decisões do Cade permitiu a compreensão da repercussão, no plano prático, da relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto brasileiro, possibilitando testar a segunda hipótese de pesquisa.

Mediante emprego da técnica de aplicação de questionário àqueles que ocuparam, entre 29.05.2012 e 10.12.2017, no Cade, os cargos de presidente, conselheiro, superintendente-geral e adjunto, procurador-chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade e procurador do Ministério Público Federal perante o Cade, buscou-se compreender o posicionamento desses indivíduos quanto a questões relacionadas ao tema de pesquisa. Objetivou-se investigar como aqueles que exerceram papel relevante na formação da decisão da autoridade antitruste e/ou para o desenvolvimento dos procedimentos administrativos entendem questões relacionadas ao tema de pesquisa, uma vez que sua atuação pode ter influenciado – e até sido decisiva para – a quase inexistência de discussão ambiental substancial na análise antitruste.

A aplicação de questionário e o emprego de análise qualitativa e quantitativa dos dados contribuíram para subsidiar o teste das três hipóteses de pesquisa: i) fomentando o debate sobre a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro; ii) auxiliando a compreensão do contexto prático da abordagem da questão ambiental na análise antitruste e fornecendo subsídios para possível relação entre determinado entendimento dos

⁶⁵ Conforme melhor detalhamento do método e conteúdo do questionário, apresentado no item 2.2 deste trabalho.

integrantes e (ex-)integrantes do Cade e o histórico daquela abordagem; e iii) potencializando a discussão sobre as circunstâncias em que se mostra cabível a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. O resultado obtido com o questionário agrega a este trabalho um ponto de vista privilegiado do debate, acrescentando a visão daqueles que atuaram em cargos relevantes para a instrução do procedimento administrativo e/ou para a tomada de decisão no Cade.

Há recortes metodológicos precisos na pesquisa. O primeiro relaciona-se ao estudo do papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, o qual recai apenas sobre a dimensão ambiental desse paradigma de desenvolvimento, e enfoca o meio ambiente natural, não abrangendo o meio ambiente artificial, cultural ou do trabalho. Isso se mostra necessário para restringir o objeto da pesquisa e em razão das peculiaridades atinentes a cada dimensão do desenvolvimento sustentável, as quais merecem estudo específico.

O segundo recorte diz respeito à predominância da teoria econômica como norte e metodologia na análise antitruste brasileira, o que é premissa – e não hipótese – da pesquisa, incorporada a partir dos pressupostos teóricos adotados⁶⁶ e de sugestão derivada da análise de decisões do Cade no item 2.1⁶⁷. Tal premissa é tratada nos estritos limites da necessidade de contextualizar-se as discussões sobre os fundamentos do antitruste e de compreender sua interpretação e aplicação no Brasil, em um quadro em que a inexistência ou a inexpressividade de abordagem substancial da questão ambiental na análise antitruste é hipótese de pesquisa.

Opta-se, na discussão sobre a relação entre os direitos concorrencial e ambiental, por abordar sua repercussão apenas para a atuação do Cade, e, não, do Poder Judiciário ou da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), sendo esse o terceiro recorte da pesquisa. Objetiva-se compreender como a questão ambiental tem sido tratada pelo órgão antitruste

⁶⁶ E de farta literatura, citada, principalmente, no capítulo 1. A influência da teoria econômica na aplicação do antitruste é objeto de pesquisas acadêmicas, como: KHARMANDAYAN, Luiza. *A relação entre o direito e a teoria econômica na jurisprudência do Cade sobre tabelas médicas*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2015. Neste, a autora apresenta “argumentos que sustentam a necessidade de se atentar para as questões jurídicas no controle antitruste, não permitindo que argumentos econômicos substituam os critérios fornecidos pelo próprio direito concorrencial ou pelas normas constitucionais que o informam”.

⁶⁷ Ressalva-se, contudo, que o objetivo da análise das decisões do Cade no item 2.1 não foi o de verificar a prevalência da teoria econômica na análise antitruste, mas a abordagem da questão ambiental nessa análise. Apesar disso, acrescenta-se que o resultado da pesquisa descrita no item 2.1 indica a existência de decisões em que foram considerados outros fatores além de eficiência econômica, como o interesse nacional (por exemplo, no julgamento do ato de concentração nº 08012.007776/2008-99, sob relatoria do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho).

brasileiro, judicante, com poder de ingerência em empresas e mercados e autorização legal para decidir, inclusive, pela venda de ativos ou pela troca de controle de uma empresa.

Por fim, não é objeto deste trabalho o estudo da promoção internacional do antitruste, realizada por meio da OCDE⁶⁸, da UNCTAD, da OMC⁶⁹ e da Rede Internacional da Concorrência⁷⁰, nem se objetiva exaurir a realidade de outras jurisdições, que não a brasileira, no que tange à relação entre antitruste e meio ambiente. Apesar disso, estudos e trabalhos promovidos no âmbito desses foros e exemplos estrangeiros subsidiam a pesquisa e amparam discussões em alguns tópicos deste trabalho, havendo referências a normas, julgados, diretrizes e posicionamentos de autoridades e órgãos antitruste de outras jurisdições⁷².

A relevância, a atualidade e a originalidade da pesquisa decorrem do fato de que, por meio dela, desbrava-se tema ainda não explorado no Brasil, apenas tratado sob o viés teórico e de forma incipiente pela literatura⁷³, a despeito da importância do papel do antitruste para a consecução do desenvolvimento sustentável em um país com grande responsabilidade pela sustentabilidade do planeta⁷⁴. Essa importância é reforçada em razão de que não se tem conseguido impedir ou conferir tratamento eficaz, por meio da estrutura estatal tradicional⁷⁵, à

⁶⁸ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD*).

⁶⁹ Organização Mundial do Comércio (*World Trade Organization*).

⁷⁰ *International Competition Network (ICN)*.

⁷¹ Sobre a catalogação da promoção internacional do antitruste e para a melhor interação com o tema: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259-318.

⁷² Teve-se o cuidado de considerar o que consigna Forgioni: “cada ordenamento jurídico possui uma série de princípios próprios que o embasa, diversa daquela de outros sistemas”, e “a Lei Antitruste desempenhará, em determinados sistemas jurídicos e momentos históricos *função diversa* daquela assumida em outros sistemas, em outros momentos” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 165-168).

⁷³ Como já citado, nos trabalhos de Salomão Filho. Fazemos menção também ao tratamento, ainda que incipiente, conferido ao tema em: GRANADO, Shalom Einstoss. Doutrina do Elo Verde: a importância do Direito Ambiental para o Direito Econômico. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo – IBRAC – doutrina, jurisprudência, legislação*, v. 5, n. 8, São Paulo, 1998.

⁷⁴ O Brasil é detentor da maior biodiversidade do planeta (20% dela), a qual, inclusive, ocupa lugar de destaque na economia nacional: o setor de agroindústria responde por cerca de 40% do PIB brasileiro; o setor florestal, por 4%; e o setor pesqueiro, por 1%. Além disso, destaca-se, internacionalmente, com o desenvolvimento de biotecnologias. Produtos relacionados à biodiversidade respondem por 31% das exportações brasileiras, as atividades de extrativismo florestal e pesqueiro empregam mais de três milhões de pessoas, e a biomassa vegetal responde por 30% da matriz energética nacional. Outro aspecto de grande importância é que o país abriga rica sociobiodiversidade representada por mais de 200 povos indígenas e por diversas comunidades (como quilombolas, caiçaras e seringueiros), responsáveis por um acervo de conhecimentos tradicionais sobre a conservação da biodiversidade. Informação disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>>. Acesso em 24.01.2018.

⁷⁵ Referir-nos à regulação ambiental, ao controle e à fiscalização realizados pelos órgãos e pelas entidades ambientais com competência e atribuições prioritariamente voltadas à defesa do meio ambiente, além de ao Poder Judiciário, na apreciação e no julgamento de demandas ambientais.

violação de normas ambientais⁷⁶ – inclusive praticada pelo próprio Estado –, situação apontada como agravada pelo poder econômico e/ou político exercido pelas grandes empresas⁷⁷. Assim, dispensar esse relevante papel do antitruste brasileiro, cuja aplicação é dotada de potencial indutivo, pedagógico e coercitivo, revela-se um luxo em país com a realidade descrita⁷⁸ e, ao mesmo tempo, incongruente com os esforços impostos a toda a sociedade, inclusive aos particulares, chamados a contribuir para a proteção e a preservação do meio ambiente.

Apesar de parcela da literatura empenhada em efetivo debate crítico do antitruste ser uníssona no sentido de sua função como instrumento propulsor de desenvolvimento e da existência digna⁷⁹, e de falar-se recentemente em desenvolvimento sustentável⁸⁰, não há um tratamento específico e aprofundado em relação à dimensão ambiental desse modelo de

⁷⁶ Confirma essa afirmação um dos maiores desastres socioambientais ocorridos no Brasil, em novembro de 2015, na cidade de Mariana (MG), relacionado à atividade da empresa Samarco Mineração S.A., o qual evidencia a morosidade na reparação de danos ambientais, sendo possível verificar a existência de autos de infração relacionados aos fatos e o apontamento de descumprimentos de obrigações impostas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, conforme consta de documentos disponíveis em site dedicado a divulgar informações sobre o assunto (Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg#respostassamarco>>. Acesso em 07.11.2017).

⁷⁷ No sentido das relações entre poder econômico e/ou político e exploração e degradação ambiental: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3-4, 365-366; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50; MACHADO, Katia. Os interesses econômicos por trás (ou debaixo) da lama de rejeitos da mineração. *Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio*, 01.11.2017. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/os-interesses-economicos-por-tras-ou-debaixo-da-lama-de-rejeitos-da-mineracao>>. Acesso em 07.11.2017; FERNANDES, Sofia. Preocupa que setor biotecnológico seja tão concentrado, diz chefe da Embrapa. *Folha de São Paulo*, Ciência, 04.04.2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2015/04/1612287-preocupa-que-setor-biotecnologico-seja-tao-concentrado-diz-chefe-da-embrapa.shtml>>. Acesso em 10.10.2017.

⁷⁸ Quanto ao ponto, ecoam as palavras de Farina, que apesar de tê-las utilizado com enfoque diverso, amoldam-se perfeitamente à ideia proposta no que tange ao papel do antitruste na promoção do desenvolvimento sustentável e o uso adequado de recursos ambientais: “Países que possuem poucos recursos para enfrentar a pobreza não podem se dar ao luxo de usar de maneira ineficiente as dotações de capital, em todas as suas formas, incluindo o capital humano. A concorrência tem sido reconhecida como um dos instrumentos mais poderosos para que o uso dos recursos seja eficiente” (FARINA, Elizabeth. Prefácio IX. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009. p. xviii).

⁷⁹ Como exemplos: FARINA, Elizabeth. Prefácio IX. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009. p. x, xviii, xix; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46-47, 50; GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139-140; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 23-24, nota de rodapé 23. Salomão Filho, em suas obras, aponta a relação entre subdesenvolvimento, obstáculos ao desenvolvimento, desigualdade econômica e social e existência de estruturas concentradas com destaque para sua análise histórico-estrutural da economia concentrada no Brasil e na América Latina (op. cit., p. 57-104, 228-229, 241-249).

⁸⁰ Destacamos: FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017.

desenvolvimento, nem quanto à viabilidade teórica e prática da abordagem da questão ambiental na análise antitruste no Brasil, o que se faz neste trabalho.

Com a inédita pesquisa empírica realizada, que confirma a quase ausência, ou inexpressividade, de discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste, e com a apresentação de proposta que subsidia uma mudança de paradigma na interpretação e na aplicação do antitruste brasileiro⁸¹, coadunando-as com a CF e com a noção de desenvolvimento sustentável, este trabalho apresenta sua contribuição ao estudo acadêmico do tema. Ademais, contribui para a implementação da prática de um antitruste ativo na promoção do referido modelo de desenvolvimento e para o fortalecimento da proteção ambiental em face da atuação abusiva de agentes econômicos, calcada no poderio econômico⁸².

O trabalho é dividido em três capítulos e conclusões. No capítulo 1, estuda-se o antitruste como instrumento de consecução do desenvolvimento sustentável; no capítulo 2, investiga-se a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, tratando-se da pesquisa empírica *stricto sensu*; e no capítulo 3, são analisadas hipóteses de cabimento dessa abordagem.

No item 1.1, analisa-se a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro, o que se faz por meio de: i) contextualização das discussões sobre os fundamentos do antitruste, imprescindível em razão da polêmica que envolve objetivos, princípios e valores que o informam, entre os quais, a defesa ambiental; ii) análise da ordem econômica constitucional e do paradigma do desenvolvimento sustentável como pontos fulcrais na investigação dessa relação, o que se mostra definitivo para concluir se é possível falar em um papel a ser desempenhado pelo antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável; e iii) reflexão acerca da desconstitucionalização do antitruste e de seu distanciamento do direito

⁸¹ Considerando a mudança de paradigma proposta neste trabalho e a resistência que se costuma enfrentar em situações tais, em nossa defesa, citamos Furtado, segundo o qual as heterodoxias e as heresias desempenham importante papel na história dos homens, sendo o consenso um sinal de que a sociedade atravessa uma fase de baixa criatividade (FURTADO, Celso. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*, 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 80).

⁸² Fazemos nossas as palavras de Derani no epílogo de seu *Direito Ambiental Econômico*: “A apresentação de ‘receitas’ da aplicação do direito para uma compatibilização do desenvolvimento da atividade econômica com o respeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não faz parte deste trabalho. O que se pretendeu foi abrir o leque de possibilidades e demonstrar que os caminhos já estão dados. Se tais caminhos serão seguidos e como ou quando o serão é trabalho de clarividência ou adivinhação. Fato é que se revolvem neste questionamento estruturas e dogmas do coração da sociedade moderna, sendo esperado, por isso, um certo mal-estar” (DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 263).

ambiental, e da influência da Lei nº 12.529/11 nesse processo, o que contribui para consolidar a base teórica necessária à compreensão do problema de pesquisa e da problemática adotada.

No item 1.2, dedicado à análise da confluência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano teórico, propõe-se uma mudança na interpretação convencional do antitruste brasileiro, para que se adote uma perspectiva sustentável e que se observe a CF, por meio: i) da admissão da relação entre o exercício abusivo de poder econômico e a exploração e a dominação de recursos ambientais; ii) da reinterpretação ou da ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar e interesse do consumidor, com base no direcionamento constitucionalmente estabelecido; e iii) do reconhecimento da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste e da emancipação do consumidor a cidadão.

No capítulo 2, a abordagem da questão ambiental na análise antitruste ocorre sob duas perspectivas, correspondentes às pesquisas empíricas *stricto sensu* realizadas. No item 2.1, trata-se da relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto prático, apresentando-se o resultado da pesquisa sobre a existência e o modo como se realiza a discussão da questão ambiental nos procedimentos administrativos no Cade, em manifestações de partes e outros, e em pareceres, notas técnicas e decisões do Conselho. O item 2.2, por sua vez, é destinado à descrição, análise, reflexão e conclusão sobre o resultado do questionário aplicado.

No capítulo 3, trata-se da convergência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano prático, apresentando-se proposta com as hipóteses em que se vislumbra possível a abordagem da questão ambiental na análise antitruste: i) como eficiências e outros benefícios ambientais compartilhados com a sociedade, considerados como justificativa para estruturas e condutas; ii) como violação a normas ambientais, marketing ambiental enganoso, “carteis ambientais”, exigências de padrões ambientais excessivos e outras práticas que conectem o poder econômico ou a concorrência a aspecto ambiental, consideradas como: infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica; fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável; causa de afastamento de argumento no sentido de que a conquista de mercado, pela empresa que adotou a prática lesiva, resultou de processo natural fundado em sua maior eficiência em relação aos concorrentes; e/ou fator a ser ponderado no cálculo dos efeitos líquidos de uma estrutura ou conduta; iii) como questão ser solucionada por meio de

compromisso assumido em sede de acordos em controle de concentrações (ACC)⁸³ e de termos de compromisso de cessação de prática (TCC)⁸⁴.

Ao longo dos capítulos 1 e 3 principalmente, discutem-se hipóteses rivais às hipóteses de pesquisa, identificadas, inclusive, com base nas críticas feitas pelos respondentes do questionário à abordagem da questão ambiental na análise antitruste, no item 2.2.

⁸³ Essa espécie de acordo foi regulamentada pelo Regimento Interno do Cade.

⁸⁴ Previsto na Lei nº 12.529/2011, principalmente nos artigos 85 e seguintes.

CAPÍTULO 1: ANTITRUSTE COMO INSTRUMENTO DE CONSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, no que tange à dimensão ambiental desse paradigma de desenvolvimento, e sua repercussão para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste são definidos pela compreensão de como se relacionam os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro. Para subsidiar essa discussão, analisa-se uma das duas questões fundamentais contidas no problema de pesquisa: quais são os efeitos dessa relação sobre a eventual função do antitruste na concretização do desenvolvimento sustentável? Assim, com base na análise da confluência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano teórico, propõe-se uma mudança de paradigma da interpretação convencional do antitruste para uma perspectiva sustentável que observa os princípios e os valores extraídos da ordem econômica constitucional.

Buscamos contribuir para o desenvolvimento de uma base teórica, já agregando conclusões específicas e próprias deste trabalho – o que é um dos objetivos específicos da pesquisa –, para que se analise e se discuta com maior ênfase, nos capítulos 2 e 3, a questão principal contida no problema de pesquisa: como a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro e o papel do antitruste no desenvolvimento sustentável repercutem no contexto jurídico factual ou prático da abordagem da questão ambiental na análise antitruste e em que hipóteses essa abordagem ocorre e/ou deveria ocorrer.

Neste capítulo, apresenta-se o resultado da maior parte da pesquisa teórica, em que são utilizadas as técnicas de revisão bibliográfica e documental e os seguintes ângulos de análise: i) o ordenamento jurídico brasileiro e os normativos e documentos elaborados pelo Cade para orientação de sua atuação e de outros atores; e ii) a literatura pertinente, nacional e estrangeira, principalmente a que é fonte dos pressupostos teóricos deste trabalho. Testa-se a primeira hipótese de pesquisa e subsidia-se o tratamento e os debates em relação às demais.

1.1 – A relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro

Neste item, analisa-se se da relação entre os regimes jurídicos do direito concorrencial e do direito ambiental brasileiros extrai-se fundamento para atribuir ao antitruste caráter instrumental no que tange à consecução do desenvolvimento sustentável e para embasar a

abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Tal análise não prescinde de uma contextualização acerca das controvérsias sobre os fundamentos do antitruste – o que se faz principalmente no subitem 1.1.1 –, tendo em vista que o entendimento sobre quais são os seus objetivos, princípios, valores e regras é decisivo para sua interpretação e aplicação. Essa contextualização mostra-se, portanto, não como um apanhado histórico disperso e figurativo, um capítulo introdutório padrão a retardar o efetivo enfrentamento do problema de pesquisa, sendo parte fundamental do enfrentamento desse problema e subsídio essencial para a compreensão das questões que se pretende debater e solucionar.

Ao mesmo tempo que se mostra necessário que a reflexão sobre os fundamentos do antitruste considere o contexto jurídico-normativo da jurisdição antitruste em que se situa, o histórico dos debates sobre seus objetivos, princípios, regras e valores regentes contribui para a compreensão da trajetória que levou à moldura dos conceitos abertos e abstratos que o compõem. A definição de tais conceitos, por vezes, somente se explica com base nesse histórico somado à falta de atualização exigida por novas perspectivas de interesses da sociedade.

No estudo dos fundamentos do antitruste, já se visualiza a trilha estreita entre os direitos concorrencial e ambiental, cuja encruzilhada se situa na ordem econômica constitucional e no paradigma do desenvolvimento sustentável, o que é objeto de análise no subitem 1.1.2. Essa construção depende de uma noção clara sobre a estrita relação entre as dimensões econômica e ambiental desse modelo de desenvolvimento. Tal relação sinaliza a função instrumental da defesa da concorrência na consecução do desenvolvimento sustentável.

Como se adiantou, contudo, a questão é controvertida e, como aponta a literatura da qual se extraem os pressupostos teóricos para o presente trabalho, houve uma desconstitucionalização e uma colonização do antitruste brasileiro – tratadas nos subitens 1.1.1 e 1.1.3 –, processo esse que, como se analisará no subitem 1.1.3, pode ter sido reforçado pela redação e pela interpretação predominante acerca da Lei nº 12.529/2011. Nos subitens 1.1.1 e 1.1.3 especificamente, já se inicia o tratamento teórico de possíveis obstáculos ou dificultadores para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste – o que é um dos objetivos específicos da pesquisa –, alguns dos quais são investigados empiricamente no capítulo 2.

1.1.1 – Contextualização das discussões sobre os fundamentos do antitruste: trilha estreita entre os direitos concorrencial e ambiental

A contextualização das discussões sobre os fundamentos do antitruste desde a edição das primeiras leis sobre o tema e os debates sobre os objetivos, princípios e valores que regem sua interpretação e aplicação no Brasil integram inúmeros trabalhos que compõem a literatura antitruste, livros e artigos que são fontes de pressupostos teóricos da presente dissertação e outros⁸⁵, teses de doutorado⁸⁶ e dissertações de mestrado⁸⁷. Não se pretende, portanto, transformar este subitem em uma revisão de literatura com repetição exaustiva do conhecimento já expresso nesses trabalhos, alguns dos quais, verdadeiras referências sobre o tema. Assim, a contextualização que segue é realizada na medida do que contribui para a pesquisa, apresentando um panorama das discussões que envolvem a intervenção do Estado na economia para fins de tutela da concorrência, o objeto, os princípios, os valores e as regras que regem o

⁸⁵ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014; ELZINGA, Kenneth G. The Goals of Antitrust: other than competition and efficiency, what else counts? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, n. 6, Jun 1977, p. 1191-1213. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/3311439?uid=2&uid=4&sid=21104587314323>>. Acesso em 13.06.2014; FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; FOX, Eleanor M. The Battle for the Soul of Antitrust. *75 Cal. L. Rev.* 917 (1987); FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017; GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016; KOVACIC, William E.; HYMAN, David A. Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer? (Chicago, 28 Oct. 2011), February 2013, *Concurrent Review* n° 1-2013, Art. n° 50967; ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013, p. 2253-2276. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013; SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno*. 2004. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrncia_moderno.pdf>. Acesso em 19.05.2014; SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of Populism*. 24 October 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345>>. Acesso em 04.12.2017; STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. v. 53, p. 551-629, 2012. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3215&context=bclr>>. Acesso em 18.06.2015; entre outros.

⁸⁶ CORRÊA, Mariana Villela. *Abuso de posição dominante: condutas de exclusão em relações de distribuição*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012; CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017; DRAGO, Bruno de Luca. *Responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015; entre outras.

⁸⁷ KHARMANDAYAN, Luiza. *A relação entre o direito e a teoria econômica na jurisprudência do Cade sobre tabelas médicas*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2015; LAPLANE, Andrea. *Direito, concorrência e desenvolvimento: a atuação no Cade no caso da indústria petroquímica*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008; RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueel. *Direito antitruste na economia digital: implicações concorrenciais do acesso a dados*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016; SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na Internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?* Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016; ROMANIELO, Enrico Spini. *Direito antitruste e crise: perspectivas para a realidade brasileira*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013; entre outras.

antitruste e que influenciam sua interpretação e prática no Brasil hodiernamente, com o intento de demonstrar o avanço pretendido em relação ao seu estado da arte.

Analisa-se, primeiramente, os objetivos do antitruste, discutindo se é possível falar em um padrão a ser seguido em todas as jurisdições ou se sua definição representaria uma opção político-ideológica, ou de política antitruste, de cada Estado ou bloco político-econômico em determinado contexto histórico. Na sequência, trata-se dos princípios, dos valores e das regras que regem o antitruste brasileiro, refletindo sobre o papel central da CF em sua definição e sobre a instrumentalidade da defesa da concorrência em relação à consecução de direitos e interesses assegurados constitucionalmente.

Quanto aos objetivos do antitruste, há tendências e escolas ou linhas de pensamento que abrangem o tema sob pressupostos diversos. Os economistas clássicos, de modo geral, concebiam o desenvolvimento como algo espontâneo⁸⁸, aceitando premissas como a de que o regime de concorrência, em razão dos mecanismos naturais do mercado, propicia a eficiência e o crescimento econômicos máximos, devendo-se garantir a ampla liberdade de iniciativa para que haja crescimento. Eventualmente a livre iniciativa admitia ser excepcionada, segundo Adam Smith, para o estímulo do progresso técnico e o fortalecimento de economias nacionais⁸⁹.

Os economistas neoclássicos, versão atualizada dos liberais⁹⁰, em síntese e de forma generalizada, pregam o mercado como um mecanismo racional, direcionado ao alcance da maior satisfação das necessidades individuais e da livre iniciativa. Segundo a teoria econômica neoclássica, a racionalidade dos agentes de mercado leva à alocação eficiente de recursos escassos em decorrência da interação entre esses agentes, à maximização de utilidades e à condução natural do mercado para um equilíbrio ótimo, paretiano⁹¹. A racionalidade monopolística faz com que não exista poder no mercado que não seja exercido, pois os agentes econômicos buscam a maximização do lucro⁹². Como explica Furtado⁹³, sob posição ideológica

⁸⁸ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 33.

⁸⁹ LOMBARDINI, Siro. Política econômica. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 968.

⁹⁰ CHANG, Ha-Joon. *Maus samaritanos: o mito do livre-comércio e a história secreta do capitalismo*. Tradução de Celina Martins Ramalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 12.

⁹¹ BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011. p. 37.

⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47.

⁹³ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 31.

defensiva, o pensamento neoclássico restringiu-se ao estudo das condições de equilíbrio dos mercados concebidos isoladamente e da interdependência geral desses mercados, vista como problema de consistência formal essencialmente.

No âmbito da tendência liberalista, não havia exclusivamente orientações conservadoras, no sentido de afastar da economia qualquer consideração sobre distribuição de renda, havendo orientações reformistas que tratavam a redistribuição de renda como meio para atingir-se um patamar mais elevado de bem-estar social⁹⁴. Com o tempo, contudo, perceberam-se as limitações dos mecanismos concorrenciais propostos pelas vertentes de abordagem liberalista e notou-se que a liberdade de iniciativa não garantia estruturas de produção e distribuição de bens que fossem ótimos para a coletividade no sentido paretiano⁹⁵. Aliás, percebeu-se que a otimalidade de Pareto, por vezes denominada “eficiência econômica”, somente havia encontrado espaço em ambiente em que se desenvolveu tendência antiética, apartada de considerações distributivas relativas à utilidade, e que permitia, concomitantemente, pessoas viverem em miséria extrema e luxo⁹⁶. Evidenciou-se a insuficiência dos critérios neoclássicos da racionalidade microeconômica para a definição de um padrão de produtividade social, o que partia de teoria da produção limitada a estudos abstratos da firma, de sua equação de custos e de sua racionalidade, e considerava um contexto supostamente neutro⁹⁷. Observou-se que as necessidades dos indivíduos não são objetiva e racionalmente identificadas e ponderadas para depois definirem a atividade humana, como afirmavam os economistas clássicos⁹⁸. Por fim, a política econômica concebida como esforço de coordenação⁹⁹ de decisões constituiu uma ruptura com a visão otimista neoclássica sobre eficácia do sistema de preços.

⁹⁴ LOMBARDINI, Siro. Política econômica. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 970.

⁹⁵ Sobre o ótimo de Pareto, resume-se como o princípio da maximização de riquezas, para o qual a sociedade ideal e eficiente é aquela em que a vantagem dos beneficiados é igual à perda dos onerados (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 78). Em outras palavras, sucintamente, significa o alcance do máximo de bem-estar para indivíduos sem que se diminua o bem-estar de outros (LOMBARDINI, Siro. *Política econômica*. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 970).

⁹⁶ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 47-49.

⁹⁷ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 32.

⁹⁸ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 44.

⁹⁹ Essa coordenação, que se realizaria por meio da modificação tanto do comportamento dos consumidores, mediante a política de salários, fiscal, de preços, entre outras, quanto das decisões dos investidores, manipulando

Com a confiança no livre mercado abalada pelo alto nível de concentração dos mercados nos Estados Unidos da América, em 1890, foi aprovado o *Sherman Act*, lei cuja definição dos propósitos gera polêmica¹⁰⁰, mas que, em geral, é apontada como direcionada ao encorajamento da concorrência¹⁰¹, à restauração da estrutura competitiva dos mercados e ao combate a condutas e acordos tendentes à monopolização. Assim, essa lei não constituiu uma reação ao liberalismo econômico, seu objetivo era corrigir distorções decorrentes da excessiva concentração do capital, criadas pelo sistema liberal¹⁰². Embora não seja, propriamente, a primeira lei antitruste do mundo¹⁰³, o *Sherman Act* tornou-se a grande referência para o antitruste nos demais países¹⁰⁴, e juntamente com o *Clayton Antitrust Act* (1914), veda a contratação ou a combinação em forma de truste e outros artifícios voltados a restringir e monopolizar ramos da indústria e do comércio. Por isso, essa legislação é tratada por parte da literatura como uma reação à crescente concentração de poder econômico, ameaçadora do princípio da descentralização do poder social, pressuposto da democracia política. Outra parcela da literatura, todavia, aponta que esse pode ter sido apenas o discurso oficial e que, de fato, protegiam-se interesses de grupos particulares, como os pequenos proprietários¹⁰⁵, pequenos empresários e produtores agrícolas¹⁰⁶. Sob outro enfoque, ainda, Schuartz¹⁰⁷ afirma que, apesar do argumento de que o combate às grandes empresas, por meio dos referidos atos, fundamentava-se na teoria econômica da época, houve uma manipulação dessa teoria,

os gastos públicos, a criação de liquidez, etc., é ideia que veio a ser introduzida por Keynes, com sua análise macroeconômica e a primazia do político sobre o econômico (FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 31).

¹⁰⁰ Sobre tal polêmica: ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013, p. 2253-2276. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016.

¹⁰¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 68.

¹⁰² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67.

¹⁰³ A primeira teria sido a lei antitruste do Canadá, de 1889 (FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31).

¹⁰⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31.

¹⁰⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno*. 2004. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf>. Acesso em 19.05.2014. De acordo com o autor, percebeu-se que esse modelo de concorrência perfeita, de desconcentração econômica, paradoxalmente, somente tinha espaço com o estrangulamento da liberdade de iniciativa, pois a concorrência perde sua característica principal, o dinamismo impulsionador de novos produtos e processos produtivos, e os agentes de mercado têm pouca margem de discricionariedade, restando-lhes moldar sua oferta a preços pré-determinados. Tal modelo gerava uma eficiência alocativa estática, um “ótimo relativo”, sem aumento de bem-estar geral da população e com redução apenas marginal dos custos de produção (op. cit.).

¹⁰⁶ FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 369.

¹⁰⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência moderno*. 2004. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf>. Acesso em 19.05.2014.

direcionada a justificar a intervenção do Estado no domínio econômico quando os mercados relevantes se distanciavam de um cenário de concorrência perfeita – a qual significava, naquele momento, uma fórmula que abrangia muitos participantes, mas nenhum com poder de determinar preços –, cujos pressupostos eram ditados por um modelo teórico neoclássico de equilíbrio de mercado e realização do ótimo de Pareto.

Sobre a motivação do legislador americano para a edição do *Sherman Act*, Orbach¹⁰⁸ afirma ser ingênuo atribuir uma única intenção ao Congresso, por se tratar de processo complexo. Dessa forma, seria equivocada a interpretação de estudiosos como Bork e de tribunais, conferida às declarações do senador Sherman, para atribuir como propósito da referida norma acabar com grandes agregações de capital por causa do desamparo do indivíduo diante deles. Segundo o autor¹⁰⁹, os debates políticos no Congresso foram complexos e refletiram diversos interesses, tendo sido produzida ampla gama de alegações e declarações, além de que o próprio senador Sherman teria afirmado que o substituto do projeto apresentado era ineficaz para lidar com combinações e trustes. Assim, o significado contemporâneo atribuído a bem-estar do consumidor não poderia ser extraído de forma precisa de frases dos membros do Congresso americano ditas há décadas. Orbach¹¹⁰ ainda afirma que o Congresso americano aprovou uma lei da concorrência sem abranger, de forma significativa, a concorrência, utilizando-se do termo “anti-trust” e não “competition”.

Em continuidade, uma contestação à teoria neoclássica surgiu na Alemanha, por parte da Escola Ordoliberal ou de Freiburg, para a qual o direito concorrencial objetiva assegurar o bem-estar do consumidor, porém no sentido de liberdade de escolha¹¹¹. Essa corrente tratou a concorrência como um processo social, e a liberdade de competição, como um valor que merece tutela jurídica¹¹². Criticou os pressupostos econômicos de definição de bem-estar do

¹⁰⁸ ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013. p. 2259. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016.

¹⁰⁹ ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013. p. 2260, 2267. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016.

¹¹⁰ ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013. p. 2268. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016.

¹¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 42 e 105.

¹¹² BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011. p. 45.

consumidor, alegando serem meramente teóricos, e a ideia de concorrência perfeita¹¹³, cujos efeitos podem ser previstos de modo a orientar a elaboração e a aplicação das leis.

Na década de 1950, surgem as chamadas Escola Estruturalista de Harvard e Escola Neoclássica de Chicago, protagonistas do debate mais conhecido sobre os objetivos do antitruste. A Escola de Harvard enfatizou o estudo das estruturas de mercados individuais e preocupou-se mais com a existência de efetiva concorrência do que com a eficiência, tendo representado, no início, uma oposição ao discurso oriundo de Chicago¹¹⁴. Para essa corrente, o objetivo da defesa da concorrência era garantir um mercado livre¹¹⁵, o modelo de concorrência ideal era o que possibilitava a manutenção ou o aumento do número de agentes econômicos no mercado, e a regulação era a forma preventiva de evitar estruturas industriais concentradas, consideradas nocivas à concorrência¹¹⁶. Essa escola contribuiu de forma relevante para o paradigma “estrutura-conduta-desempenho”, baseado na teoria do comportamento do oligopólio de Cournot, segundo a qual estruturas concentradas determinam condutas típicas de oligopolistas, das quais decorre mal desempenho econômico, relutância à redução de preços e imposição de restrições a entradas de outros agentes no mercado¹¹⁷.

A Escola de Chicago, por sua vez, de tradição econômica neoclássica, focalizou a maximização da eficiência produtiva como valor a ser perseguido pelo antitruste, a qual deveria prevalecer em relação à defesa da concorrência, justificando, inclusive, posições dominantes, pois refletiria o “interesse público”¹¹⁸. Essa corrente, que adotou a análise econômica do direito como perspectiva, partiu do pressuposto de que o objetivo do antitruste era garantir, ainda que em prejuízo da concorrência, a eficiência econômica, que, em dado momento, foi vinculada ao

¹¹³ O modelo de concorrência perfeita veio a ser descreditado, dentre outros motivos, em razão da detecção da existência de falhas de mercado (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 136).

¹¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39-40.

¹¹⁵ GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 269.

¹¹⁶ BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011. p. 45.

¹¹⁷ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 36.

¹¹⁸ CARVALHO, Vinicius Marques. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 16-17. Conforme Gonçalves, “interesse público” é termo impreciso, que ora assume definição política, ora econômica (GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 266).

bem-estar do consumidor, atrelado à ideia da existência de uma relação necessária entre redução de custos de produção e redução de preços¹¹⁹. Grande parte de seus teóricos baseou-se na teoria dos preços, segundo a qual empresas agem para maximizar seus lucros, de forma que, quanto mais livres os mercados, melhor se alcançam as eficiências produtiva e alocativa. Embora admitissem a existência de falhas de mercado, esses teóricos eram céticos quanto à intervenção pública corretiva, que, segundo eles, provocaria falhas ainda mais nocivas ao mercado (falhas de governo) do que as existentes sem intervenção. Para eles, o mercado não teria custos de transação ou estes não seriam capazes de impedir a tendência ao equilíbrio competitivo¹²⁰.

O processo que culminou no estabelecimento da eficiência econômica como objetivo do antitruste, bem como em sua associação a bem-estar do consumidor e ao fator preço¹²¹, teria sido catalisado por Robert Bork¹²², o qual propôs a substituição da racionalidade jurídica pelo critério da eficiência econômica¹²³, pois a primeira, supostamente, seria menos desenvolvida sob o aspecto do grau de certeza e do rigor lógico do que a teoria econômica¹²⁴. Bork teria se aproveitado da falta de definição do conceito de eficiência econômica para “denunciar” o que chamou de *paradoxo do antitruste*, consistente na possibilidade de, ao defender-se um ambiente concorrencial hígido, prejudicar-se o consumidor, por exemplo, impedindo uma concentração que geraria economia de escala e conseqüente redução de preço¹²⁵.

¹¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39-42, 105.

¹²⁰ MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (coord). *Agenda contemporânea: Direito e Economia*. 30 anos de Brasil. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 218-219.

¹²¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167, 256; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-54, 86.

¹²² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 40. Sobre a questão da alçada da eficiência econômica a objetivo do antitruste e, especificamente, sobre sua equiparação a bem-estar do consumidor, cf. a obra influenciadora da ideia: *The Antitrust Paradox*, de Robert Bork (1993).

¹²³ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

¹²⁴ Farina e Araujo afirmam que a introdução da utilização da teoria econômica na interpretação e na aplicação das leis antitruste ocorreu, nos Estados Unidos da América, a partir de meados dos anos 1970 e, principalmente, nos anos 1980, enquanto que, na União Europeia e em outras jurisdições, na década de 1990 (FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363, 371, 396).

¹²⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-54, 86. Orbach acusa Bork de ter interpretado, erroneamente, as mudanças nas decisões judiciais das quais extraiu que o conceito de *concorrência* era impreciso, pois apenas se tratava da dinâmica desse conceito econômico ao longo do tempo, da flexibilidade do antitruste para seguir a evolução de entendimentos da economia, ou seja, de evolução e não de alteração para retificação ou por falta de precisão. Ademais, Bork teria reconhecido que o conceito de *concorrência* já é ligado às ideias de preços baixos, inovação e escolha entre produtos diferentes (ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013. p. 2275-2277. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016).

Segundo Orbach¹²⁶, em 1993, ao completar seu *Antitrust Paradox*¹²⁷, Bork declarou que a crise do antitruste inspiradora de sua crítica original, relacionada a premissas inconsistentes que poderiam trazer prejuízos à concorrência, teria acabado e que a solução era que a concorrência deveria ser entendida como a maximização do bem-estar do consumidor, traduzida em eficiência econômica, mais especificamente em eficiência alocativa. Mas para Orbach¹²⁸, a equivocada alçada do bem-estar do consumidor a objetivo do antitruste, ocorrida após as primeiras sete décadas da promulgação do *Sherman Act* e que perduraria até os dias atuais, levou à dissipação do objetivo das leis de concorrência americanas que, até então, era incontestavelmente a concorrência. De acordo com Orbach¹²⁹, em 1979, com fulcro na tese de Bork de que o conceito de eficiência era impreciso e abstrato, a Suprema Corte americana declarou que o *Sherman Act* foi editado como uma “prescrição de bem-estar do consumidor” e que esse padrão permitia empregar a teoria econômica básica. Para ele, as normas de caráter concorrencial americanas e os processos antitruste, contudo, evidenciariam a preocupação com efeitos competitivos e com a preservação da concorrência, mas esse não seria um objetivo declarado da lei antitruste¹³⁰.

Assim, as políticas econômicas conservadoras, a ascensão da eficiência econômica como objetivo do antitruste e sua tradução em bem-estar do consumidor representaram a fórmula retórica socialmente orientada e de sucesso por meio da qual se camuflou a redução de custos e os ganhos de escala das grandes empresas, sob a metáfora da proteção do consumidor e da sociedade¹³¹. Ademais, o conceito de consumidor no CDC – consumidor final hipossuficiente – difere do conceito, na origem, da teoria irrefletidamente incorporada pelo antitruste brasileiro, a qual abrange também produtores e prestadores¹³².

¹²⁶ ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013, p. 2273, 2275-2276. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016.

¹²⁷ BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*. Nova Iorque: Free Press, 1993.

¹²⁸ ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013, p. 2254-2256, 2275-2276. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016.

¹²⁹ ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013, p. 2254. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016.

¹³⁰ Farina e Agra afirmam que apesar de leis antitruste americanas não mencionarem “bem-estar do consumidor”, sua aplicação tem sido realizada buscando-se esse fim (FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 371-372).

¹³¹ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 174.

¹³² ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 174.

Apesar de o antitruste norte-americano ter sido, inicialmente, dominado pela Escola de Harvard e por sua ideia de controle estrutural preventivo, após 1970, fortaleceu-se a Escola de Chicago, que, na década de 1980, impulsionou, vigorosamente, o pensamento neoclássico, exercendo influência sobre a literatura e a jurisprudência de todo o mundo até a atualidade¹³³, deixando como legado a promoção de maior interação entre direito e teorias econômicas¹³⁴. Ao mesmo tempo, a Escola de Chicago foi bastante criticada em decorrência de uma “aceitação irrefletida da ortodoxia neoclássica” e de inconsistências entre teoria e prática¹³⁵, de remeter a reducionismos e utilitarismo econômico, ao estabelecer a eficiência econômica como critério do antitruste¹³⁶, e de contribuir para a propagação de crenças, como a de que concentrações econômicas geram estruturas de mercado mais eficientes com economias de escala e mercados competitivos e resultam, necessariamente, em bem-estar do consumidor¹³⁷. Em dado momento, percebeu-se que a teoria econômica neoclássica não sustentava a conclusão de que mercados concorrenciais eram suficientes para alocar recursos eficientemente ou para gerar crescimento e, no bojo das críticas ao movimento chamado de “Direito e Economia”, foram suscitadas questões como a desconsideração, pelo antitruste, de outros valores sociais que não a eficiência alocativa dos recursos econômicos e o propósito redistributivo do direito¹³⁸.

Ainda na década de 1980, iniciou-se um movimento conhecido como “revisonista”, o qual teceu críticas à análise econômica do direito introduzida pela Escola de Chicago¹³⁹,

¹³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17, 39-40, 385. Segundo Salomão Filho, apesar das severas críticas aos pressupostos da Escola de Chicago, os quais, “quando filtrados pela análise jurídica, têm sua aplicação bastante restringida”, tal corrente de pensamento ainda hoje prevalece na literatura econômica sobre análise antitruste de estruturas (op. cit.).

¹³⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência moderno*. 2004. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrência_moderno.pdf>. Acesso em 19.05.2014.

¹³⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência moderno*. 2004. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrência_moderno.pdf>. Acesso em 19.05.2014.

¹³⁶ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

¹³⁷ GAVIL, Andrew; KOVACIC, William; BAKER, Jonathan. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. St. Paul, MN: Thomson West, 2002. p. 62-64.

¹³⁸ BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011. p. 70-71.

¹³⁹ Nesse sentido, surgiram, ainda, as novas teorias comportamentais, conhecidas como integrantes do pensamento econômico pós-Chicago por contestarem a Escola Neoclássica e, conforme Stiglitz, rejeitarem seus princípios centrais (STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017). Com base em novos métodos econométricos e analíticos, essas teorias voltam-se ao estudo do comportamento de empresas e setores da economia, deslocando o foco, no campo jurídico, do controle de estruturas para o de condutas. São exemplos dessas novas teorias comportamentais a teoria dos mercados contestáveis, a teoria dos jogos e a teoria dos custos de transação (SALOMÃO FILHO,

acusando-a de simplista, porém utilizando-a como base para promover alterações e aprofundamento dos métodos existentes¹⁴⁰. Entre os representantes desse movimento, destaca-se Fox¹⁴¹, que suscitou a discussão sobre o papel do direito antitruste na promoção da democracia, da igualdade e do desenvolvimento sustentável e inclusivo. Em *Imagine: Pro-Poorer Competition Law*¹⁴², Fox propõe uma mudança na interpretação tradicional sobre as funções do antitruste, apresentando proposta concreta para a alteração da prática antitruste, com o objetivo de inserir, na sistemática da defesa da concorrência, a preocupação com os desfavorecidos e os excluídos, sugerindo a criação de mecanismos voltados à sua inclusão e à proteção de seus interesses. Em *Outsider Antitrust: 'Making Markets Work for People' as a Post-Millennium Development Goal*¹⁴³, Fox afirma que o antitruste não é dissociado da defesa de valores humanos e que tem seu papel no atingimento do desenvolvimento sustentável. Ademais, a autora afirma que a capacidade e o empoderamento para participar de mercados seriam um décimo oitavo objetivo de desenvolvimento sustentável pelas Nações Unidas¹⁴⁴, entre outros objetivos que contemplam, como uma das áreas fundamentais, a ambiental, abrangendo o consumo e a produção sustentáveis.

Stiglitz¹⁴⁵ também contribui para a ampliação das discussões sobre o escopo do antitruste ao argumentar que o interesse público¹⁴⁶ deveria ser a preocupação primordial da

Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 385-386), sobre as quais não nos deteremos, em razão de desviarem-se das discussões tidas no presente trabalho.

¹⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 182.

¹⁴¹ Walter J. Derenberg Professor of Trade Regulation – New York University School of Law.

¹⁴² FOX, Eleanor M. *Imagine: Pro-Poorer Competition Law*. *Organization for Economic Co-operation and Development – OCDE. Global Forum on Competition. Competition and Poverty Reduction*, 14.02.2013. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2013\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2013)4&docLanguage=En)>. Acesso em 22.05.2014.

¹⁴³ FOX, Eleanor M. *Outsider Antitrust: 'Making Markets Work for People' as a Post-Millennium Development Goal*. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017. p. 22-23.

¹⁴⁴ Sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, informações disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 30.12.2017.

¹⁴⁵ STIGLITZ, Joseph E. *Towards a Broader View of Competition Policy*. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017.

¹⁴⁶ Diversas jurisdições contêm, em suas leis antitruste, disposições de interesse público, relativamente ao objetivo da lei, a isenções antitruste e/ou ao controle de concentrações, conferindo flexibilidade ao julgador para avaliar os efeitos da conduta ou estrutura em relação não apenas à concorrência, mas a questões como emprego, impacto na competitividade de pequenas e médias empresas, acesso a mercados e capacitação dos cidadãos, entre outros. São exemplos: China, Coreia do Sul, África do Sul, Botswana, Hungria, Namíbia, Polónia e Zâmbia (UNCTAD. *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat*. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/trdbpconf8d6_en.pdf>. Acesso em 08.01.2018).

política antitruste, a despeito de reconhecer a dificuldade de incorporação desse valor em um contexto de concorrência baseado em regras, e de alertar que, ao se impor um encargo à política antitruste, deve-se considerar a existência de outros instrumentos que se prestem à mesma finalidade. Segundo o autor, interesses relacionados, por exemplo, a comunidades desatendidas ou a pessoas historicamente desfavorecidas devem ser considerados pelo antitruste, mesmo que isso dificulte o cumprimento do mandato pela autoridade antitruste. Como afirma Bonakele¹⁴⁷, considerações de interesse público na avaliação de concentrações são cada vez mais comuns entre os países em desenvolvimento e desenvolvidos, bem como no âmbito União Européia, e principalmente para os países em desenvolvimento, não basta um antitruste que persiga eficiência, sendo necessária a busca do desenvolvimento humano e socioeconômico.

Em documento intitulado “O papel da política de concorrência na promoção de crescimento sustentável e inclusivo”¹⁴⁸, a UNCTAD manifesta-se no sentido de que a lei antitruste deve ser aplicada a partir da perspectiva do desenvolvimento sustentável e inclusivo, devendo a implementação da política de defesa da concorrência ser coordenada com a de outras políticas públicas com vistas ao alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável¹⁴⁹ estabelecidos pelas Nações Unidas. De acordo com tal documento, tais objetivos são entendidos como valores e finalidades superiores em relação aos mercados eficientes, devendo o antitruste ser flexível para atendê-los, quando necessário¹⁵⁰.

Há, contudo, até hoje, dificuldade para discussões sobre o papel do antitruste na promoção de direitos e interesses diversos do que se prega ser a livre concorrência ou o bem-estar e o interesse do consumidor, como se esses conceitos fossem neutros, desprovidos de preenchimento por meio de princípios e valores estabelecidos, inclusive, constitucionalmente,

¹⁴⁷ BONAKELE, Tembinkosi. Interviewed by Ioannis Lianos in anticipation of the 4th edition of the joint conference co-organized by Concurrences Review and New York University School of Law, *Antitrust in Developing Countries: competition policy in a politicized world*. New York City, Oct 2017. Disponível em: <<https://www.eventbrite.com/e/interview-with-tembinkosi-bonakele-antitrust-in-developing-countries-tickets-38769388284>>. Acesso em 12.10.2017.

¹⁴⁸ UNCTAD. *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat*. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6_en.pdf>. Acesso em 08.01.2018.

¹⁴⁹ Sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, informações disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 30.12.2017.

¹⁵⁰ FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017. p. 28.

como o combate à desigualdade social e a defesa do meio ambiente. Autores como Shapiro¹⁵¹ afirmam que o reconhecimento do papel do antitruste em questões como essas o prejudicaria, apresentando como justificativas para tanto: inadequação do antitruste para lidar com temas como o combate à desigualdade social e outros relacionados a políticas públicas; indevida politização da aplicação do antitruste com a introdução de outras questões na análise; e imprudência de incluir, explicitamente, questões como o combate à desigualdade de renda, pois uma aplicação intensa do antitruste, porém mantendo-o fiel à sua suposta missão única de promover a concorrência, já auxiliaria questões da espécie. O autor¹⁵² qualifica como contraproducente e inviável a ampliação do objetivo do antitruste para abranger a proteção de pequenas empresas, de salários e empregos ou o combate à corrupção, argumentando que a lei antitruste não pode e não deve ser o principal meio de endereçamento desses objetivos, nem a política antitruste deve ser a principal ferramenta para lidar com eles. No mesmo sentido, Elzinga¹⁵³ defende que a política antitruste não precisa preocupar-se com o aumento do poder de compra de grupos de baixa renda, porque já faria isso indiretamente, quando proíbe cartéis e monopólios na busca por eficiência.

Shapiro¹⁵⁴ afirma, ainda, sobre os objetivos do antitruste norte-americano, que consistem em proteger o consumidor e o processo competitivo e não os concorrentes. Na sequência, esclarece que o antitruste protege o processo competitivo e os consumidores recebem os benefícios da concorrência, além de que a política antitruste serve a objetivos econômicos de metas de promoção da concorrência e defesa do consumidor. Autores como Baker¹⁵⁵ resumem o papel do antitruste à proteção dos consumidores contra comportamentos anticoncorrenciais dos quais resulte aumento de preços, redução de oferta e impedimento da inovação e do crescimento econômico.

¹⁵¹ SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of Populism*. 24 October 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345>>. Acesso em 04.12.2017.

¹⁵² SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of populism*. 24 October 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345>>. Acesso em 04.12.2017.

¹⁵³ ELZINGA, Kenneth G. The Goals of Antitrust: Other than Competition and Efficiency, What Else Counts? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, n. 6, jun 1977, p. 1194-1195. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/3311439?uid=2&uid=4&sid=21104587314323>>. Acesso em 13.06.2014.

¹⁵⁴ SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of populism*. 24 October 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345>>. Acesso em 04.12.2017.

¹⁵⁵ BAKER, Jonathan B. The Case for Antitrust Enforcement. *Journal of Economic Perspectives*, v. 17, n. 4, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.ConstituiçãoFederalm?abstract_id=452182>. Acesso em 20.05.2014.

Como salienta Forgioni¹⁵⁶, todavia, a despeito da predominância da ideia de busca da eficiência alocativa, principalmente fora dos Estados Unidos da América não há consenso sobre os objetivos das leis antitruste. De acordo com a autora¹⁵⁷, na União Europeia (UE), a Corte de Justiça manifestou que se persegue, além da proteção dos interesses do consumidor e dos concorrentes, a tutela da estrutura do mercado, ou seja, da concorrência. Mas, ao redor do mundo e ao longo do tempo, seriam inúmeros os objetivos que já foram ou são atribuídos às leis antitruste, como: promoção da concorrência; proteção das pequenas empresas; redistribuição da renda; proteção dos trabalhadores; controle de preços; obtenção de resultados econômicos desejáveis, como estabilidade de produção e emprego e distribuição equitativa de renda; promoção de condutas leais; limitação da atuação e da expansão e controle do poder político dos grandes conglomerados; ampliação da capacidade competitiva das empresas nacionais para assegurar participação maior no comércio internacional, entre outros¹⁵⁸.

Assim, seria um erro presente em grande parte das controvérsias entre os representantes da Escola de Chicago e os de outras linhas de pensamento adotar a premissa de que há um objetivo a ser perseguido por qualquer lei antitruste e de que há um padrão de concorrência a ser protegida, independentemente do contexto em que inseridos¹⁵⁹. Mostra-se um equívoco essa generalização irrestrita dos objetivos do antitruste, como se houvesse um padrão de normas antitruste independente do contexto em que se inserem e dos conflitos de interesse existentes¹⁶⁰. Discussões excessivamente gerais sobre o tema são inúteis, sendo imprescindível a contextualização para aferirem-se os objetivos de cada lei antitruste em particular, considerando, ao menos, o ordenamento jurídico e o contexto econômico e social no qual a política e a lei antitruste estão inseridas¹⁶¹. De acordo com a teoria das “válvulas de escape” do

¹⁵⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166-167.

¹⁵⁷ A política de concorrência na União Europeia é concretizada conforme regras flexíveis, cuja aplicação dá-se com base em “bom senso e flexibilidade”, sendo os principais aspetos a serem levados em conta: os benefícios para os consumidores e os prejuízos para outras empresas (Informação disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/competition_pt>. Acesso em 08.11.2017).

¹⁵⁸ A autoridade antitruste sul-africana, *Competition Commission South Africa*, por exemplo, afirma sua responsabilidade por investigar, controlar e avaliar práticas comerciais restritivas, abuso de posições dominantes e concentrações, a fim de alcançar equidade e eficiência na economia sul-africana, promovendo e mantendo a concorrência na África do Sul, tendo como finalidades, entre outras: promover o desenvolvimento da economia, fornecer aos consumidores preços competitivos e escolhas de produtos, promover o emprego e o bem-estar social e econômico dos sul-africanos, garantir que as pequenas e médias empresas tenham uma oportunidade equitativa de participar da economia, e promover uma maior difusão da propriedade, em particular para aumentar as participações de pessoas historicamente desfavorecidas. Informação disponível em: <<http://www.compcom.co.za/who-are-we/>>. Acesso em 25.02.2018.

¹⁵⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 168.

¹⁶⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 168.

¹⁶¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166, 202.

antitruste, apresentada por Forgioni¹⁶², a lei antitruste, em seu enunciado e sua aplicação, contém instrumentos que permitem a flexibilização necessária à sua adequação à realidade mutável do contexto socioeconômico no qual se insere. Uma dessas válvulas é o “jogo do interesse protegido”, que permite que, em cada caso concreto, a solução adotada na análise antitruste contemple um ou mais interesses que se abrigam sob as normas antitruste.

O tradicional debate entre as escolas teóricas, portanto, importa menos do que investigar o que prevê a CF, cujos preceitos regem a realidade brasileira, e da qual se extrai que a tutela da concorrência objetiva a promoção da justiça social¹⁶³. Debates ancorados essencialmente na teoria econômica também desviariam a discussão da premissa fundamental de que a lei antitruste é instrumental em relação à política econômica adotada em seu país, tendo objetivos próprios em cada jurisdição; de que a tutela da concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico estão inseridas no conjunto da política econômica de cada Estado, devendo guardar necessária coerência com tal conjunto¹⁶⁴. Schuartz¹⁶⁵ afirma que, ao se discutir os fundamentos do antitruste, deve-se considerar que ele se situa histórica e analiticamente em um ponto de intersecção entre a política econômica, a dogmática do direito econômico e a teoria econômica. Como aponta Salomão Filho¹⁶⁶, o tratamento econômico e jurídico que se confere ao antitruste no âmbito nacional não condiz com a realidade do país. É prejudicial a absorção sistemática e irrealista de teorias estrangeiras¹⁶⁷, como a da Escola de Chicago e suas adaptações posteriores, elaboradas para uma realidade econômica diversa da brasileira e na qual a desconcentração,

¹⁶² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 201-203, 245-249.

¹⁶³ GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 269, 278, 280. O princípio da justiça social diz respeito ao tratamento igualitário, respeitadas as necessidades e as capacidades contributivas individuais e com vistas a corrigir distorções e a diminuir as desigualdades sociais (NAZAR, Nelson. *Direito Econômico*. Bauru: Edipro, 2004. p. 50).

¹⁶⁴ Segundo Nusdeo, tal diversidade tem refletido menos as diferenças de cunho doutrinário e ideológico e mais as preocupações com as metas para a economia de cada país em determinados momentos históricos (NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2. p. 121).

¹⁶⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência moderno*. 2004. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrência_moderno.pdf>. Acesso em 19.05.2014.

¹⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 19.

¹⁶⁷ Nesse sentido, Gonçalves afirma que a condição de país em desenvolvimento é suficiente para que se aplique com rigor o direito antitruste nacional e políticas regulatórias específicas para a realidade brasileira, em vez de se recorrer, sem maior reflexão, à doutrina estrangeira (GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 278-279).

desde o início, é mais intensa do que a ocorrida no Brasil, cujos mercados são tradicionalmente concentrados.

Além da desmistificação da existência de um padrão para os objetivos das políticas antitruste de cada Estado e da consciência acerca da imprescindível contextualização da lei antitruste no ordenamento jurídico e na realidade do local¹⁶⁸, é fundamental um esclarecimento, relativo ao fato de que o estabelecimento de um objetivo para o antitruste é um posicionamento político, que reflete interesses específicos¹⁶⁹, que repercute sobre o modo como se dá a intervenção do Estado na economia e sobre como se concretiza o projeto de desenvolvimento de um Estado. Quando se fala em opção política, não se refere à opção do governante posto, mas ao discurso político e moral que é traduzido para a linguagem do direito e inserido em lei por meio do processo democrático legislativo. Esse discurso é atualizado pela evolução das demandas da sociedade – as quais, com o tempo, ressignificam conceitos, como o de interesse do consumidor – e pela interpretação e pela aplicação do antitruste¹⁷⁰. A opção política é, portanto, revelada em elementos socioideológicos¹⁷¹, embasada na ideologia¹⁷², adotada pela

¹⁶⁸ Essas ideias alinham-se ao entendimento de que, a despeito do valor do conceito de constituição econômica, não são as bases constitucionais da ordem econômica que definem a estrutura de determinado sistema econômico nem há um determinismo econômico sobre a realidade jurídica formal. Ambas, a realidade material e a forma, influenciam-se mutuamente. Silva chama a isso de *positivismo dialético*, pelo qual a compreensão do direito legislado (ou não) depende da compreensão da realidade que o condiciona (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 790-791).

¹⁶⁹ Conforme Mello, teorias econômicas, sociais, políticas e jurídicas representam interesses concretos de determinados grupos ou segmentos sociais dominantes, apresentados em forma de proposições blindadas com o rótulo de científicas, com o objetivo de que sejam vistas como neutras e melhor creditadas (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1099).

¹⁷⁰ Como esclarece Chang, a defesa neoliberal da despolitização da economia parte da equivocada premissa de que se pode estabelecer o limite entre economia e política. Tal premissa, contudo, ignora que mercados são arranjos políticos em si, assim como os direitos de propriedade e outros, abstrai que a origem dos direitos econômicos é política, o que permitiu que se ultrapassassem argumentos “econômicos” que justificavam, por exemplo, o trabalho infantil e outras práticas tidas como compatíveis com o livre mercado. Ainda segundo o autor, a despolitização da economia equivale ao enfraquecimento da democracia, e como, diferentemente dos liberais, os neoliberais vivem em uma época em que não se mostra razoável atacar a democracia, sua estratégia é desacreditar a política em geral, o que tem prejudicado principalmente os países em desenvolvimento (CHANG, Ha-Joon. *Maus samaritanos: o mito do livre-comércio e a história secreta do capitalismo*. Tradução de Celina Martins Ramalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 172-173).

¹⁷¹ Segundo Silva, as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais contidas nos elementos socioideológicos voltam-se à realização do valor-fim do direito: a justiça social (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 788).

¹⁷² Utiliza-se o termo “ideologia”, no presente trabalho, no “significado fraco”, de conjunto de ideias e valores relativos à ordem pública, cujo principal componente é o político e a função é orientar os comportamentos políticos coletivos. (STOPINNO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 585, 587-591). Segundo Coutinho, os debates sobre desenvolvimento e intervenção do Estado na economia são inextricavelmente permeados de ideologias, as quais, desde que explicitadas, contribuem para a transparência em tais debates (COUTINHO, Diogo R. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91, nota de rodapé 14). Salop conclui que ideologia e política continuam a impactar diretamente o direito antitruste e sua aplicação, que não foram padronizados. Por ideologia (por exemplo, liberal ou conservadora), o autor compreende a filosofia política e econômica e a

lei antitruste em cada jurisdição e pela interpretação que é conferida a essa lei, as quais refletem o ordenamento jurídico local e as influências decorrentes de fatores sociais, econômicos, políticos, culturais e outros. Há sempre uma orientação política definida por uma ideologia constitucionalmente adotada¹⁷³. Cada ordenamento jurídico tem princípios próprios que o embasam, diferenciando-se de outros sistemas e, de acordo com o sistema jurídico e o momento histórico, a lei antitruste desempenha função diversa da assumida em outros contextos, motivo pelo qual são inúmeros os objetivos fundamentais já atribuídos ao antitruste¹⁷⁴.

O emprego de termos fluidos pelas normas antitruste, ao mesmo tempo, propicia um ambiente favorável a que a autoridade antitruste altere sua interpretação e aplicação, recebendo a influência de diversas visões econômicas¹⁷⁵. A aplicação das normas antitruste também implica uma opção política na medida em que inexiste técnica neutra¹⁷⁶, não havendo neutralidade no exame de fatos sociais e jurídicos. Mesmo abordagens ditas “técnicas”, como se costuma dizer das econômicas, no sentido de conferir-lhes credibilidade, são igualmente fruto de ideologias ou valores¹⁷⁷, o que não necessariamente lhes retira a legitimidade, desde que se harmonizem com os ditames constitucionais que regem o antitruste e com a realidade econômica e social brasileira. Isso apenas confirma que qualquer pretensão de defesa de um padrão universal ou atemporal para os objetivos do antitruste é equivocada, pois este deve ser interpretado de acordo com o contexto em que está inserido.

Apesar de o direito da concorrência ser, conforme Forgioni¹⁷⁸, uma fronteira fluida entre jurídico e político, de tratar de grande repositório de cláusulas gerais e de ser alto o nível de

experiência que enquadra a política de aplicação preferida e os padrões legais do antitruste (SALOP, Steven C. What Consensus? Ideology, Politics and Elections Still Matter. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. April 2013. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1207>>. Acesso em 14.05.2017).

¹⁷³ E o “abstencionismo” do Estado em relação à atividade econômica não é indiferença, mas uma postura de política econômica baseada em correspondente ideologia (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 16, 19, 34).

¹⁷⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 165-166; FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 363.

¹⁷⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 168-169.

¹⁷⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 12-13.

¹⁷⁷ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 25. Castro demonstra que, apesar de seu discurso de neutralidade política, a Escola de Chicago é orientada por uma ideologia, a qual exclui valores distributivos e de eficiência dinâmica, entre outros (CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017).

¹⁷⁸ Paula A. Forgioni, na apresentação do livro *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*, de Ana Frazão (São Paulo: Saraiva, 2017. p. 19-21).

insegurança jurídica no seu âmbito, muitos de seus operadores, na sua aplicação, indevidamente, ignoram qualquer discussão sobre justiça, retomando o discurso positivista e insistindo na utilização de instrumentos exclusivamente econômicos, como se disso decorresse a pretendida e ilusória racionalidade e segurança de suas decisões¹⁷⁹.

Tais reflexões levam à conclusão de que, a despeito de, por vezes, tentar-se qualificar a teoria antitruste como um padrão neutro, objetivo e aplicável a qualquer tempo e espaço, a ser seguido em todas as jurisdições, é preciso compreender que tal posicionamento não deixa de representar uma opção política e ideológica, portanto, desprovida da neutralidade e da objetividade idealizadas e atribuídas aos subsídios da metodologia econômica. Sobre a pretensa objetividade que seria trazida ao antitruste quando se estabeleceu como seu objetivo a eficiência econômica e, como regras que o regem, critérios econômicos, tem-se que tal posicionamento também é enfraquecido quando se admite, como Shapiro¹⁸⁰, que ainda é difícil a definição de mercados relevantes e a medição da concentração nesses mercados, e que não há dados de qualidade ou disponíveis, de forma sistematizada, sobre vendas, preços e custos das empresas, havendo grandes limitações para a interpretação de resultados, como, por exemplo, sobre a relação entre concentração e lucro, entre incremento nas receitas de uma empresa e aumento de sua participação de mercado ou entre participação de mercado e aumento de poder econômico. Segundo o autor¹⁸¹, a identificação de vantagens competitivas e dos meios pelos quais uma empresa incrementou sua participação de mercado permanece uma tarefa ambiciosa. Assim, a incorporação das análises econômicas ao antitruste, ao fim, não conseguiu conferir as pretensas coesão e racionalidade ao antitruste em torno de único e coerente objetivo¹⁸², porque a análise econômica não é hábil a solucionar todas as questões que enfrenta o antitruste, nem a propiciar a segurança jurídica almejada em sua análise¹⁸³. A tecnicidade, o uso de conceitos econômicos abstratos e a concepção distorcida da concorrência sob influência da Escola de Chicago ampliaram a lacuna entre o antitruste e suas metas não econômicas, o interesse público em

¹⁷⁹ Como explica Nusdeo, os postulados ou as proposições da economia e das demais ciências sociais indicam tendências, probabilidades de diferentes graus, e não certezas. As chamadas “leis” da economia são apenas conclusões ou proposições decorrentes de modelos de aplicação mais universal, também de caráter meramente tendencial, e não de verdade absoluta. Por isso a teoria econômica, que é um conjunto de modelos, deve buscar ser tão rica quanto o é a realidade a ser por ela analisada (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64-65).

¹⁸⁰ SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of Populism*. 24 October 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345>>. Acesso em 04.12.2017.

¹⁸¹ SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of Populism*. 24 October 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345>>. Acesso em 04.12.2017.

¹⁸² FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43-45.

¹⁸³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 15.

conter o poder econômico, sacrificando importantes questões políticas e sociais em prol de crenças econômicas¹⁸⁴.

Ainda que o antitruste seja constituído de dispositivos de cunho econômico (poder e domínio de mercado, concorrência, eficiência, entre outros), isso não significa que a metodologia e o norte para sua interpretação e aplicação devem ser oriundos da economia¹⁸⁵. Cabe ao direito o protagonismo no direcionamento do antitruste, de seus pressupostos e objetivos, bem como na formatação do mercado, que diferentemente do propagado, não é um ser autônomo e irrefreável. Como esclarece Kennedy¹⁸⁶, mercados são construções que se fundam e se estabilizam em arranjos, normas e instituições jurídicas e em regulação, sendo o direito o responsável pelas escolhas distributivas e compromissos ideológicos assumidos em dada sociedade, por empoderar pessoas e interesses a partir das definições que atribui a elementos como propriedade, direitos e contratos. Nesse sentido, apesar de reconhecer-se a relevância dos instrumentos e modelos econômicos¹⁸⁷ para a análise antitruste, para um melhor entendimento acerca de cenários para a produção de bens, custos, oferta e demanda, entre outros fatores, é sabido que o aparato econômico tem limitações para a compreensão de realidades, e que a orientação para a interpretação e a aplicação do antitruste se situa na esfera do direito, que responde se deve ser aprovado um ato de concentração entre dois dos maiores *players* de mercado que apontam como eficiência da operação a geração de maior oferta de determinado produto essencial e sob ameaça de escassez para a população.

É fato que a economia exerce importante papel instrumental na análise antitruste, como a delimitação de mercados relevantes e suas características, a configuração e a medição do

¹⁸⁴ STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. v. 53, 2012. p. 556 Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3215&context=bclr>>. Acesso em 18.06.2015.

¹⁸⁵ No mesmo sentido utilizado por Nusdeo ao tratar do direito econômico (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 19).

¹⁸⁶ KENNEDY, David. Law and Development Economics: Toward a New Alliance. In: KENNEDY, David; STIGLITZ, Joseph E. (eds.) *Law and Economics with Chinese Characteristics: Institutions for Promoting Development in the Twenty-First Century*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 20). Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/DK%20Law%20and%20Dev%20Economics.pdf>>. Acesso em: 15.10.2016.

¹⁸⁷ Modelos econômicos prestam-se a explicar fenômenos, simplificando a realidade, da qual se extraem algumas variáveis relevantes para referida explicação e estabelecem-se relações entre elas (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57-58). São exemplos: critério de Kaldor-Hicks ou “Pareto potencial”, modelo do oligopólio de Cournot, modelo de firma dominante com franja competitiva, critério dos custos de transação de Coase, entre outros.

poder de mercado¹⁸⁸, a verificação de barreiras à entrada, a projeção sobre um possível fechamento de mercado, os efeitos líquidos¹⁸⁹ de uma operação, entre outros. Mas o norte para a aplicação das teorias econômicas está no direito, que estabelece qual o interesse a ser protegido, o que se deve medir e projetar, o que se espera compreender com os estudos econômicos, qual o valor e como interpretar os resultados à luz do ordenamento jurídico. Como afirma Coutinho¹⁹⁰, o direito insere nas discussões sobre desenvolvimento uma dimensão que outras disciplinas ou teorias não são capazes de alcançar: ele legitima e institucionaliza agendas políticas, aloca poder e recursos entre os grupos sociais; é uma “bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica”, da qual se extraem as diretrizes normativas para a ação governamental, como o artigo 225 da CF, que determina a preservação do meio ambiente, comando cogente a ser observado em qualquer política pública. E os objetivos do antitruste e os interesses por ele tutelados, os quais não podem ignorar tais diretrizes, definem os parâmetros para a utilização instrumental do aparato econômico na análise antitruste, indicando desde critérios para o estabelecimento de mercados relevantes até o que é interesse e bem-estar do consumidor e da coletividade, o que consiste em eficiência aceitável para determinada conduta ou estrutura, qual o limite do exercício de poder econômico que, ultrapassado, torna-se abusivo, entre outros aspectos. Porém, a literatura nacional também apresenta variações quanto ao entendimento sobre os fins do antitruste.

Segundo Salomão Filho¹⁹¹, o objetivo direto do antitruste brasileiro seria a defesa da instituição da concorrência, ou ordem concorrencial, como interesse transindividual, do qual é titular a coletividade e que é caracterizado por seu papel redistributivo, que não se confunde com proteção do mercado. O objetivo indireto do antitruste seria a tutela dos interesses dos consumidores – os quais seriam a sua justificação última –, dos concorrentes e de outros que, a depender do caso concreto, podem ser, por exemplo, os trabalhadores. De acordo com o autor,

¹⁸⁸ Poder de mercado é a capacidade de uma empresa de aumentar os lucros reduzindo a oferta e aumentando os preços de seu produto, onerando o consumidor; é a capacidade de um agente econômico de, com seu comportamento, gerar resultados positivos ou negativos à livre concorrência e a segmento de mercado; é, em outras palavras, o poder econômico contextualizado em um determinado mercado relevante. Esse poder pode ser presumido com base na participação de mercado do agente econômico, a despeito de esse aspecto não ser decisivo nessa análise (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 101-102).

¹⁸⁹ De acordo com Gaban e Domingues, os efeitos líquidos de uma operação sobre o bem-estar econômico dos consumidores resultam da ponderação entre os custos do exercício de poder de mercado, cuja probabilidade em decorrência da operação foi detectada, e as eficiências geradas pelo negócio, considerados os limites estritamente necessários para se atingir os benefícios almejados (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 121).

¹⁹⁰ COUTINHO, Diogo R. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 95-96, 99.

¹⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 62-64, 85-121.

a finalidade da defesa da concorrência é assegurar aos agentes econômicos a possibilidade de escolha e ordenar as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada e, havendo conflito entre interesses, a resposta está no interesse institucional.

Para Forgioni¹⁹², “mais do que em qualquer outro campo, em relação ao direito antitruste se pode falar em *législation par principes*, ou seja, de um corpo de normas que contém escolhas de valor e proibições em geral”. Segundo a autora, o antitruste brasileiro é fundamentalmente ligado a diretivas constitucionais. Ainda que se extraia da Lei nº 12.529/2011 que esse diploma protege a livre iniciativa, a livre concorrência e o consumidor – e, ainda, fornecedores e distribuidores (contra o aumento arbitrário de lucros) –, o direito antitruste brasileiro consiste em técnica utilizada pelo Estado para a implementação de políticas públicas, por meio da repressão ao abuso do poder econômico e da tutela da livre concorrência. Assim, a concorrência não seria um fim em si, mas um instrumento (“concorrência-instrumento”) de promoção da dignidade humana, conforme os ditames da justiça social, em obediência ao *caput* do artigo 170 e ao artigo 3º da CF.

Carvalho¹⁹³ afirma que a finalidade primeira do antitruste é garantir a livre concorrência e a defesa dos consumidores, não sendo por outro motivo que a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 12.529/2011 é a coletividade. Contudo, o autor, que também entende a questão pela lógica da concorrência-instrumento, esclarece que a repressão ao abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros é apenas um dos meios utilizados para garantir os princípios constitucionais da ordem econômica arrolados no artigo 170, entre os quais, os mencionados no artigo 1º da Lei nº 12.529/2011. O autor observa que esse esclarecimento é importante para evitar-se interpretação equivocada que associa princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência à noção de livre mercado e de ausência de intervenção estatal nos mercados.

Na mesma direção da compreensão do caráter instrumental do antitruste, Athayde¹⁹⁴ afirma que a finalidade última do antitruste não é assegurar uma competição apenas por preços, mas uma concorrência qualitativa, abrangente de fatores como qualidade, variedade e inovação. Para tanto, é necessária a superação de critérios estritamente quantitativos nas análises

¹⁹² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 85,148, 168, 192-196, 250.

¹⁹³ CARVALHO, Vinicius Marques. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45-46.

¹⁹⁴ ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017. p. 18.

antitruste tradicionais de condutas, em direção ao que a autora denomina *eficiência constitucionalizada*, da qual resulta a redistribuição dos efeitos concorrenciais para consumidores e sociedade em direção à realização da justiça social.

Frazão¹⁹⁵, por sua vez, aborda a questão no sentido adotado como pressuposto teórico no presente trabalho: “a resposta para a pergunta sobre as verdadeiras finalidades do Direito da Concorrência apenas pode ser encontrada na Constituição, precisamente no exame dos princípios da ordem econômica”, pois o artigo 173, parágrafo 4º, “tem natureza meramente instrumental e precisa ser compreendido em conformidade com o disposto no art. 170”. Referido artigo 170 da CF dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetiva assegurar a todos existência digna¹⁹⁶, conforme ditames da justiça social e em obediência aos princípios listados nos incisos do mesmo dispositivo¹⁹⁷. Tais princípios fazem parte, cada um, em alguma medida, das reflexões a respeito do poder econômico, devendo a proteção da livre concorrência, realizada prioritariamente por meio do direito antitruste, dialogar com os demais princípios norteadores da ordem econômica¹⁹⁸. Afinal, a ordem constitucional é o “maior vetor de direcionamento da intervenção estatal nos mercados, bem como de interpretação e aplicação do direito”, e os referidos princípios, inclusive na parte em que direcionam a atividade empresarial à realização da justiça social, devem ser considerados pelo antitruste¹⁹⁹.

Assim, o direito antitruste brasileiro não tem um único objetivo, princípio ou valor norteador, uma vez que, na busca do bem-estar das pessoas, mostra-se necessária a ponderação de diversos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos e, no caso brasileiro, tais objetivos constam, precipuamente, da ordem econômica constitucional²⁰⁰, de forma que “a concorrência

¹⁹⁵ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46-47.

¹⁹⁶ A dignidade da pessoa humana é princípio paradigmático para a interpretação dos demais princípios e direitos constitucionais e para conferir-lhes unidade de sentido e, como afirma Frazão, expressa o direito de decidir sobre seu projeto de vida de forma autônoma (FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 188-190).

¹⁹⁷ No mesmo sentido, Silva afirma que os princípios da ordem econômica têm seu conceito e significados relativizados em função de serem preordenados à realização da existência digna (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 812).

¹⁹⁸ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29-30, 41-42, 46-47, 50, 139, 346.

¹⁹⁹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 47, 91.

²⁰⁰ Sobre a constitucionalização da ordem econômica, Silva afirma que a atuação do Estado na economia configura uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, “de arrumar a desordem que provinha do liberalismo (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 786). Mello, por sua vez, consigna que a Constituição brasileira se mostra como uma “estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a suposta (e nunca

é, na verdade, instrumento para a realização de diversos fins constitucionais, nem sempre de fácil harmonização²⁰¹. Além disso, o controle do poder econômico não tem por objetivo único garantir a concorrência, mas a democracia, a realização da autonomia e das liberdades fundamentais²⁰².

Aliás, desde o início, o direito antitruste foi influenciado por outros objetivos que não os meramente econômicos, em “claro reconhecimento da importância instrumental da proteção dos mercados”, de forma que “não há incompatibilidade natural entre o Direito da Concorrência e preocupações de ordem política, jurídica e social”²⁰³. Daí advém a relevância de, como afirma Frazão, uma maior abertura do direito antitruste brasileiro no que tange aos seus propósitos e metodologias²⁰⁴. Tal relevância intensifica-se diante de um cenário em que a lei antitruste estaria sendo interpretada e aplicada sob forte influência dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago, do que decorre uma análise antitruste baseada exclusivamente em critérios consequencialistas²⁰⁵ de eficiência econômica²⁰⁶, os quais, em geral, limitam-se a oferecer subsídios para a aplicação do direito, sendo indiferentes aos direitos subjetivos e aos princípios jurídicos, o que acarreta, ao fim, uma redução do escopo do antitruste²⁰⁷. Assim, a definição de eficiência como o único fim do antitruste revela uma opção política preocupante que afasta outras diretivas e implica a atuação estatal mínima²⁰⁸.

A literatura brasileira, contudo, reluta em reconhecer que, como afirma Coutinho²⁰⁹, a eficiência é um meio, e não um fim, no trajeto em busca do desenvolvimento²¹⁰, que eficiências

demonstrada) eficiência do mercado (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 821).

²⁰¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48.

²⁰² FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 265.

²⁰³ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

²⁰⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67, 86.

²⁰⁵ Teorias consequencialistas elegem algum valor extraordinário como principal elemento teleológico a ser concretizado, seja a eficiência econômica conforme estilizada em determinada teoria econômica, seja o moralismo jurídico de acordo com um rol de pressupostos elaborados a partir da estilização daquilo que, hoje, denomina-se neoconstitucionalismo ou semelhante. A crítica emprega-se no caso da defesa da dignidade humana, da eficiência econômica, da emancipação dos oprimidos e de qualquer outro valor. (ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 141).

²⁰⁶ Eficiência alocativa, conforme: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 176, 179-180; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39-40, 111.

²⁰⁷ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38, 86, 88, 111, 139.

²⁰⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 169-170.

²⁰⁹ COUTINHO, Diogo R. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

²¹⁰ COUTINHO, Diogo R. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

econômicas, produtiva e alocativa, em tão alta consideração nas análises antitruste, não necessariamente geram benefícios ao consumidor ou à sociedade²¹¹, na contramão de críticas que apontam para a necessidade de migração de enfoque para a transferência de riqueza e do reconhecimento de que a eficiência está a serviço da realização de direitos fundamentais, não sendo um fim em si. As análises econômicas de eficiência continuam a direcionar-se para o aumento de riqueza e não para sua distribuição²¹². Esse posicionamento dominante de afastamento do antitruste dos princípios e dos valores constitucionais que se lhe aplicam culmina no que se convencionou tratar como desconstitucionalização do antitruste²¹³, tema que será aprofundado no subitem 1.1.3. Ademais, o debate sobre os fundamentos do antitruste brasileiro têm continuidade, sob diferentes enfoques, por quase todo o trabalho, destacando-se o item 1.2, em que apresentamos nova perspectiva para interpretação e aplicação do antitruste, e o 2.2, em que investigamos o entendimento de (ex-)integrantes do Cade acerca do tema.

Neste subitem, foram tratados alguns dos principais pressupostos teóricos do presente trabalho, que podem ser sucintamente descritos como: i) a inexistência de um padrão universal e atemporal de política e lei antitruste a impor objetivos, princípios, valores e regras, a ser seguido indiscriminadamente nas diferentes jurisdições; ii) a necessidade de que a interpretação e a aplicação do antitruste considerem o contexto jurídico, econômico, social, político, ambiental e cultural em que estão inseridas a política e a lei antitruste; iii) a necessária constitucionalização do antitruste, no sentido de que sua aplicação deve ser orientada pelos princípios e pelos valores presentes na CF, reconhecendo-se a centralidade da Constituição brasileira nas discussões sobre os fundamentos do antitruste e a instrumentalidade da defesa da livre concorrência e do combate ao exercício abusivo do poder econômico em relação à promoção dos direitos e interesses resguardados pelos princípios e valores da ordem econômica constitucional, entre os quais a defesa do meio ambiente; iv) o protagonismo do direito na análise antitruste – sem a pretensão das ilusórias e irrealizáveis neutralidade, objetividade e segurança arguidas pela metodologia econômica –, consciente de que os objetivos do antitruste

²¹¹ FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 262-263 e 276.

²¹² FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 262-263 e 276.

²¹³ A questão foi tratada com ênfase no artigo de Schuartz (SCHUARTZ, Luis Fernando. *A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/1762/1/tpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19.05.2014) e retomada, posteriormente e em nova abordagem, por Frazão, em artigo que dialoga com o primeiro (FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139-158).

derivam de opção política estabelecida na feitura da lei e forjada na interpretação e na aplicação do antitruste, as quais, guiadas pela CF, evoluem subordinadas às demandas da sociedade, e ciente de que o aparato econômico é instrumento fundamental que serve à análise antitruste conforme critérios jurídicos, também pautados pela CF.

Concluimos, neste item, que o objetivo do antitruste brasileiro consiste em, por meio da defesa da livre concorrência e do combate ao exercício abusivo de poder econômico, concretizar²¹⁴ os diversos objetivos políticos, sociais, econômicos, ambientais e outros dirigidos à promoção do bem-estar da coletividade, bem como princípios e valores elencados na ordem econômica constitucional, os quais devem orientar sua interpretação e a aplicação. Assim, o conteúdo mínimo do antitruste estaria, dentro do possível, preservado de ingerências políticas conjunturais, a partir do momento em que a defesa da livre concorrência se efetiva sob o filtro da opção política democraticamente fixada pela CF e que deve ser buscada principalmente em seu artigo 170. Isso não se mostra uma tarefa fácil, mas harmoniza-se com os ditames constitucionais, diferentemente do estabelecimento da eficiência econômica como norte do antitruste. A interpretação e a aplicação do antitruste, ademais, devem considerar a interação dos interesses decorrentes dos princípios e dos valores constitucionais no contexto social e econômico em que se encontram. Feita essa imprescindível contextualização sobre os fundamentos do antitruste, em que já é possível vislumbrar a trilha estreita entre os direitos concorrencial e ambiental, passa-se ao estudo da encruzilhada da relação entre esses regimes jurídicos, a qual se situa na ordem econômica constitucional e no paradigma do desenvolvimento sustentável.

1.1.2 – Ordem econômica constitucional e paradigma do desenvolvimento sustentável: encruzilhada da relação entre os direitos concorrencial e ambiental

Como observa Forgioni²¹⁵, é inócuo afirmar que se protege a concorrência, pois tal afirmação é imprecisa, enquanto que a questão é saber como se pretende melhorar o funcionamento do mercado brasileiro e catalisar o desenvolvimento. E o papel do antitruste na

²¹⁴ Não nos enganamos, como alerta Silva, com a retórica constitucional da finalidade de assegurar-se a todos uma existência digna, reconhecendo que os princípios indicados no artigo 170 da CF consubstanciam uma ordem capitalista, essencialmente individualista, o que representa grande limitação para o atingimento do fim colimado. Ademais, tais princípios não garantem a efetividade do fim mencionado, mas apenas tornam menos abstrata a promessa de justiça social, em que os indivíduos dispõem dos meios materiais para viver satisfatoriamente, em termos físicos, espirituais e políticos, livres de desigualdades profundas, de pobreza absoluta e da miséria (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 788-789).

²¹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 20.

catalisação do desenvolvimento sustentável, especificamente no que tange à sua dimensão ambiental, é objeto de investigação no presente trabalho. O ponto fulcral para o estudo desse papel no contexto jurídico-normativo brasileiro é a CF, especialmente a ordem econômica constitucional e o paradigma do desenvolvimento sustentável. Tais coordenadas representam a encruzilhada da relação entre os direitos concorrencial e ambiental brasileiros, da qual afloram os fundamentos do antitruste que o relacionam à questão ambiental.

Conforme conclusão do subitem 1.1.1, o objetivo do antitruste brasileiro consiste em, por meio da defesa da livre concorrência e do combate ao exercício abusivo de poder econômico, concretizar os diversos princípios e valores elencados na ordem econômica constitucional, os quais devem orientar sua interpretação e a aplicação. No caso brasileiro, a ordem econômica, interpretada em seu conjunto²¹⁶, distribui-se ao longo da CF, e a conexão teleológica entre suas partes une objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º e em outros capítulos²¹⁷, como o Capítulo “Do Meio Ambiente”²¹⁸, os quais guardam unidade e coerência. Os princípios norteadores da ordem econômica indicados pelo artigo 170 da CF estão diretamente relacionados ao processo de desenvolvimento²¹⁹. A defesa do meio ambiente integra o desenvolvimento nacional²²⁰ conforme interpretação dos artigos 3º e 170 do diploma

²¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 131, 160-163, 192, 270, 284. Para uma discussão mais ampla sobre o conceito de “ordem econômica”: op. cit., capítulo 2. Nessa obra, Grau emprega a expressão “ordem econômica (mundo do dever-ser) em lugar de conjunto de normas, da Constituição dirigente, voltado à conformação da ordem econômica (mundo do ser)”, e afirma que a CF contempla disposições abrangidas pelo conceito e que não se situam necessariamente no Título “Da Ordem Econômica e Financeira” (op. cit., p. 85-88, 171). Em vez de tratá-la como mero conjunto de princípios, o autor enfatiza que a ordem econômica constitucional representa parcela da ordem jurídica, um “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica” (op. cit., p. 70).

²¹⁷ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 170.

²¹⁸ Conforme Grau, a ordem econômica abrange os preceitos contidos no artigo 225 da CF (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 173).

²¹⁹ DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência, regulação e desenvolvimento. In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 187.

²²⁰ Como expõem Bohrer e Scorza, não há um conceito único de desenvolvimento, mas é possível apontar duas grandes correntes em sua análise acadêmica: a do desenvolvimento como liberdade e a do novo institucionalismo. A primeira, baseada na obra de Amartya Sen, tem a liberdade como principal meio e fim para o desenvolvimento e assevera que pobreza, falta de oportunidades econômicas e sociais, interveniência excessiva de Estados repressivos são, entre outros aspectos, origem de privações de liberdade. A segunda, fundada em textos clássicos de Ronald Coase (*The Nature of the Firm* e *The Problems of Social Costs*), que teve continuidade em estudos de Oliver Williamson e Douglass C. North, tem como premissa que os custos de transação influenciam a criação de novas instituições que determinam formas de organização econômica e refletem no desenvolvimento da sociedade (BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 242-243). Sen defende, ao longo de sua obra, que o processo de desenvolvimento depende da remoção de obstáculos à autonomia dos indivíduos, como a degradação ambiental, e da ampliação de vantagens individuais e

constitucional – inclusive por parte do Pleno do Supremo Tribunal Federal²²¹ –, formando um dos pilares do “desenvolvimento sustentado”²²².

Antes de analisar a expressão do desenvolvimento sustentável na CF, observa-se que, a despeito de haver entendimento de que seu conceito geral, abstrato e impreciso remete ao equilíbrio entre desenvolvimento econômico, proteção ambiental e social, considerada uma lógica intergeracional, deve-se buscar sua formulação em cada caso concreto, pois cada Estado interpreta e realiza o desenvolvimento sustentável de modo específico²²³. Mas, de acordo com Amaral Jr.²²⁴, ainda que o conceito de desenvolvimento sustentável seja em grande parte indeterminado, conhece-se os principais elementos que o constituem, substantivos – utilização sustentável de recursos naturais, integração entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico e a “busca de equidade na alocação dos recursos entre os membros da geração atual e entre esses e os da geração futura” – e procedimentais – participação popular e avaliação de impacto ambiental, entre outros. Segundo o autor, o conceito de desenvolvimento sustentável indica, portanto, uma direção geral a ser seguida, um modelo de alta carga valorativa, que

coletivas, geradas pelo crescimento sustentável da economia (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010).

²²¹ “[...] A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI) [...] Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.” (STF, Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.540/DF, Plenário, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 01.09.2005).

²²² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 160-161.

²²³ MONEBHURRUN, Nitish. *A ponte entre o direito internacional dos investimentos e o desenvolvimento sustentável*. Pontes, v. 8, n. 3, junho de 2012. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-ponte-entre-o-direito-internacional-dos-investimentos-e-o-desenvolvimento>>. Acesso em 05.01.2018.

²²⁴ AMARAL JR., Alberto do. O desenvolvimento sustentável no Plano Internacional. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 86-97.

“influencia em todas as esferas as decisões que repercutem no campo ambiental”, e por isso é compreendido como paradigma.

A noção de desenvolvimento sustentável, no que tange à sua dimensão ambiental, é extraída, principalmente, da interpretação coordenada dos seguintes dispositivos constitucionais: i) artigo 3º, inciso II, segundo o qual é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil o desenvolvimento nacional, o qual somente pode ser compreendido no sentido de desenvolvimento sustentável; ii) artigo 225, *caput*, que estabelece o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, além de, em seus incisos e parágrafos, dispor sobre a proteção, a preservação e a recuperação do meio ambiente em face do desenvolvimento de atividades econômicas potencial ou efetivamente causadoras de significativa degradação ambiental e de risco ambiental; e iii) artigo 170, no qual o significado de desenvolvimento sustentável se elabora plenamente²²⁵.

O artigo 170 da CF, o qual ocupa posição central na ordem econômica constitucional brasileira, por si só, sintetiza elementos fundamentais para a definição de desenvolvimento sustentável forjada no contexto brasileiro²²⁶. No que tange à dimensão ambiental desse paradigma de desenvolvimento, a CF prevê como princípio norteador da ordem econômica “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e dos serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, selando a obrigatoriedade de perseguir-se a preservação ambiental no desenvolvimento da atividade econômica. O princípio da defesa do meio ambiente, tal como modulado pela CF, supera a ideia do mero respeito às normas ambientais, o que, ademais, prescindiria de indicação específica na ordem econômica. Ele obriga o poder público a diferenciar o desenvolvimento da atividade econômica conforme seu impacto ambiental, determinando que a atuação estatal se dê em prol de maior proteção ambiental e sustentabilidade. A decorrência lógica é que a intervenção estatal na economia, inclusive por meio do antitruste, realize-se por esse prisma.

²²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 140-141, 354-355.

²²⁶ Inúmeras foram as conferências das Nações Unidas e os respectivos documentos adotados que trataram do desenvolvimento sustentável, de como conciliar as questões ambientais e econômicas. Assim, seu conceito vem sofrendo alterações, além de o fato de ser um conceito geral e abstrato permitir interpretações diversas pelos países.

A função social da propriedade e da empresa²²⁷, também um princípio norteador da ordem econômica, confirma a necessidade de que a aquisição, o exercício e a fruição de direitos, garantias e liberdades relacionados à propriedade e à atividade empresarial – especialmente dos meios de produção²²⁸ –, inclusive a livre iniciativa e a livre concorrência, deem-se em conformidade com outros princípios constitucionais e interesses sociais²²⁹, como a preservação do meio ambiente. O Supremo Tribunal Federal manifestou que “a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem, inegavelmente, elementos de realização da função social da propriedade”²³⁰.

A defesa do consumidor, outro princípio norteador da ordem econômica, abrange o interesse²³¹ daquele pelo respeito às normas ambientais no desenvolvimento da atividade econômica, em última análise porque tal interesse é intrinsecamente relacionado ao bem da vida, à saúde e à dignidade humana. Esses temas são aprofundados no item 1.2.

A crescente importância atribuída a direitos da coletividade fez com que houvesse uma alteração nas prioridades sociais, refletida nos princípios da atividade econômica, que, em grande parte, não se direcionam à manutenção do mercado ou à simetria no desenvolvimento de atividades econômicas. A regulação imposta pela CF não se satisfaz com uma competição ideal em mercados, mas direciona a atividade econômica para o cumprimento de políticas públicas e necessidades sociais preponderantes, somente se justificando para o atingimento de

²²⁷ Sobre a função social da propriedade abranger também a função social da empresa: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 237; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 281, 813-814. Ambos, assim como Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 414), fazem referência à obra de Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, em que o professor afirma: “o poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade”. Sobre a função social da propriedade dos bens de produção, ver: COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, v. 63, p. 71-79, 1986. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297584/mod_resource/content/1/COMPARATO%2C%20F.%20C.%20Funcao%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20producao.pdf>. Acesso em: 01.05.2016

²²⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 237; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 284, 813.

²²⁹ A função social da propriedade estabelece o vínculo entre a propriedade e a existência digna, e a função social da empresa determina que haja a distribuição social dos benefícios econômicos, dizendo respeito não apenas aos concorrentes e aos consumidores, mas também à sociedade, inclusive àqueles que se encontram afastados do mercado consumidor por motivo de pobreza e miséria (FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 248-250, 282).

²³⁰ STF, Mandado de segurança nº 22.164/SP, Plenário, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 30.10.1995. Ainda que o julgado trate de propriedade rural e aponte como fundamento o artigo 186, inciso II, da CF, a orientação aplica-se à propriedade dos meios de produção.

²³¹ O tema do interesse e do bem-estar do consumidor será tratado com maior profundidade no subitem 1.2.2.

fins de interesse comum, como a defesa do meio ambiente²³². A CF persegue objetivos mais amplos e relevantes do que o singelo objetivo do livre mercado. Assim, os princípios veiculados pelo artigo 170 da CF, que somente podem ser lidos de forma integrada ao sistema ao qual pertencem e ao qual dão conformação, têm por fim assegurar a todos uma existência digna e estão à disposição dos fins enunciados pelo artigo 3º da Constituição²³³. Conforme Grau²³⁴, o princípio da livre concorrência tem conteúdo determinado por sua localização na ordem econômica constitucional, inserido entre outros princípios, os quais conformam o seu sentido.

Afinal, os princípios contidos no artigo 170 da CF, entre os quais a defesa do meio ambiente e a função social da propriedade – e da empresa²³⁵ –, representam o mínimo que o constituinte indica para uma existência digna²³⁶, de forma que pessoas, empresas e governos deverão refletir se cada um desses princípios é observado²³⁷. A existência digna, finalidade da ordem econômica constitucional, somente é alcançada se observados tais princípios, que informam, ademais, a intervenção do Estado na economia, inclusive pelo antitruste²³⁸. O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica, informando

²³² BARROS FILHO, Fernando do Rego. O impacto da regulação ambiental na atividade agropecuária brasileira: efetividade e proporcionalidade das normas vigentes. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *O Direito Concorrencial e a regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 426-428.

²³³ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139-140.

²³⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 209.

²³⁵ Como afirma Salomão Filho, a função social da empresa, derivada da função social da propriedade, tem influência no direito antitruste, do consumidor e ambiental, abrangendo desde a proibição de abuso de preços, à responsabilidade por vício do produto e a obrigação de tratamento de resíduos sólidos (SALOMÃO FILHO, Calixto, *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 179-180).

²³⁶ Nesse sentido: FENSTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações). Trabalho apresentado no 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (coords.). *Direito Ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p. 283-293. Grau acrescenta que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos humanos e compromete todo o exercício da atividade econômica, envolvendo os setores público e privado (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 176-177). Derani, por sua vez, argumenta que a dignidade humana é a razão e a base ética das normas da ordem econômica, não concorrendo com os demais princípios, os quais são um suporte para a organização da atividade econômica, não têm caráter absoluto e podem eventualmente colidir uns com os outros (DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 242-243). De acordo com Silva, a iniciativa econômica privada somente se legitima quando voltada à consecução dos fundamentos, fins e valores da ordem econômica constitucional, sendo por ela condicionada. A atuação empresarial é subordinada ao princípio da função social, objetivando-se assegurar o desenvolvimento nacional e a existência digna (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 814).

²³⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 159-160.

²³⁸ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 91.

substancialmente o princípio da garantia do desenvolvimento, sendo indispensável à realização da existência digna²³⁹.

O artigo 173, parágrafo 4º, da CF – segundo o qual a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros –, tido como fundamento constitucional específico do antitruste, tem natureza instrumental em relação ao disposto no artigo 170²⁴⁰. Os princípios previstos no último artigo mencionado forjam a interpretação do primeiro e orientam a definição dos conceitos de abuso de poder econômico, eficiência e bem-estar do consumidor e da coletividade, entre outros que integram o arcabouço jurídico-normativo, a teoria e a prática do antitruste brasileiro, para incluir neles a abertura para a consideração do fator ambiental.

Como sintetiza Salomão Filho²⁴¹, ademais, a correta compreensão dos interesses da ordem concorrencial inclui o respeito às normas ambientais, consideradas “regras básicas do direito econômico”, cujo cumprimento deve ser verificado na análise antitruste, para que não se gere juízo equivocado sobre condutas ou estruturas, contaminado pelas distorções na concorrência provocadas por questões ambientais.

A defesa do meio ambiente, portanto, está cravada no coração das normas constitucionais que fundamentam o antitruste, e a conexão intrínseca entre o fator ambiental e a atividade econômica é perceptível também no plano prático, sendo inúmeros os desdobramentos que a questão ambiental pode ter na esfera do antitruste, como por meio: da violação de normas ambientais que acarreta vantagens concorrenciais; da geração de eficiências ambientais a partir de uma operação; do exercício abusivo de direitos relativos ao domínio e à exploração de recursos naturais, principalmente os escassos e essenciais à sadia qualidade de vida; de práticas comerciais discriminatórias realizadas sob justificativas de cunho ambiental; e do marketing ambiental enganoso que prejudica a livre concorrência; e de outras hipóteses tratadas no capítulo 3. A questão ambiental pode repercutir, também, sobre a definição de mercados relevantes, o padrão de concorrência desejável para um mercado, a eficiência e o bem-estar da coletividade, entre outros aspectos relevantes para a análise antitruste.

²³⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 250-251.

²⁴⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29-30, 41-42, 46-47, 50, 139.

²⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 119-120.

Os fundamentos da lei e da política antitruste de um país repercutem em seu destino econômico, social e ambiental, na medida em que influenciam seu percurso no sentido do desenvolvimento meramente econômico ou, como orienta a CF, sustentável, que, para além do crescimento econômico, persegue a realização de direitos fundamentais, o combate à desigualdade socioeconômica e uma melhor gestão ambiental. Ao mesmo tempo, o aplicador da lei antitruste tem participação ativa no processo de promoção do desenvolvimento e de distribuição dos recursos da sociedade²⁴², devendo, ao interpretar e aplicar a lei, realizar a necessária contextualização econômica, social e ambiental do cenário em que inserida tal lei.

Afinal, como observa Castro²⁴³, direitos não são referenciais normativos de caráter descontextualizado e absoluto, mas têm conteúdo dinâmico, preenchido com base em princípios constitucionais e/ou no direito internacional dos direitos humanos, e são resultantes da interação de interesses em determinado contexto socioeconômico, por isso o autor fala em “direitos em fluxo”. Essa ideia aplica-se especialmente aos direitos antitruste e ambiental, os quais demandam reflexões e ressignificações frequentes: o primeiro é composto de elementos fluidos e dependentes das constantes mudanças na economia, nos mercados, nos interesses da coletividade, nas demandas consumeristas, entre outros fatores; o segundo é legitimado lenta e sacrificadamente a cada novo estudo científico que aponte para cenários ambientais adversos para a humanidade, a cada desastre natural associado ao comportamento predatório do homem, a cada restrição imposta aos desígnios humanos de consumo, pela escassez de recursos naturais à espreita e pela ameaça das mudanças climáticas.

Conforme Fox²⁴⁴, o antitruste é um instrumento de promoção de desenvolvimento sustentável, e a alegação de que conflita com outros valores é exagerada, pois com frequência os valores perseguidos pelo antitruste e por outras políticas apontam para uma mesma direção. Para a autora, o antitruste não pode continuar a responder que questões como a existência de pessoas necessitadas de alimentos ou de medicamentos não são um problema seu, uma vez que

²⁴² OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito da Concorrência no Brasil: um novo espaço de ativismo judicial?* Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1310/1242>>. Acesso em 30.10.2016.

²⁴³ CASTRO, Marcus Faro. Direitos em fluxo: o exemplo da propriedade intelectual. *Blog do Grupo Direito, Economia e Sociedade (GDES)*. Disponível em: <<https://economialelegal.wordpress.com/2007/04/14/direitos-em-fluxo-o-exemplo-da-propriedade-intelectual/>>. Acesso em 23.01.2017.

²⁴⁴ FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017. p. 23, 27.

representa uma das ferramentas mais poderosas para tirar as pessoas da pobreza e promover a mobilidade socioeconômica.

O mesmo se conclui, no presente trabalho, no que tange à defesa do meio ambiente, sendo o antitruste um instrumento hábil para tanto. Nesse sentido, a UNCTAD²⁴⁵ reconheceu o papel do antitruste na promoção do desenvolvimento sustentável, levando em consideração não apenas questões econômicas, mas ambientais, inclusive de políticas ambientais, e adotando medidas como a isenção antitruste em hipóteses de acordo que promova a proteção ambiental e o desenvolvimento de produtos e tecnologias verdes. Em documento intitulado “O papel da política de concorrência na promoção de crescimento sustentável e inclusivo”, a UNCTAD afirma que o desenvolvimento de uma nação somente pode ser alcançado com uma agenda integrada de políticas e instrumentos ambientais, sociais e econômicos, com o entrelaçamento e coesão dessas dimensões, do que resultam modelos econômicos que beneficiam pessoas e meio ambiente. O mesmo documento aponta como jurisdições que têm objetivos relacionados ao desenvolvimento inclusivo e à sustentabilidade a Coreia do Sul e a África do Sul, e no que tange especificamente à proteção ambiental, refere-se à Espanha, onde há disposições substanciais em sua lei antitruste, sendo possível a anulação de decisão tomada pela autoridade antitruste em nome da defesa do meio ambiente. Nesse documento a UNCTAD aborda, ainda, a questão dos critérios ambientais e sociais no processo de compras governamentais no âmbito da União Europeia, apontando para a necessidade de as autoridades da concorrência nacionais cooperarem para a definição de limites a esses critérios.

Esse posicionamento sobre uma postura ativa do antitruste em prol do desenvolvimento sustentável, contudo, enfrenta resistência, pois implica a reformulação das bases sobre as quais se sedimenta a interpretação e a aplicação predominantes do antitruste, o que, além de complexo, afronta a teoria econômica que vem sendo aplicada²⁴⁶. Tal posicionamento tem como hipóteses rivais as que afirmam que o papel do antitruste se resumiria à defesa da concorrência em seus moldes tradicionais ou como um fim em si, e que disso decorreria um favorecimento indireto do interesse da nação pelo desenvolvimento do país²⁴⁷ e pela

²⁴⁵ UNCTAD. *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat*. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6_en.pdf>. Acesso em 08.01.2018.

²⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 16.

²⁴⁷ Nesse sentido: CHINAGLIA, Olavo. Liberdade de iniciativa, distribuição de renda e desenvolvimento: breve reflexão sobre a defesa da concorrência no Brasil do século XXI. In: FARINA, Laércio et al. *A Nova Lei do Cade*.

preservação ambiental²⁴⁸. Ademais, diferencia-se do entendimento de que, ao ter como objetivo imediato o combate ao abuso do poder econômico, o antitruste, conseqüentemente, já contribuiria para a promoção da justiça social, em razão de seus efeitos para a distribuição de riqueza²⁴⁹. Isso porque o posicionamento adotado neste trabalho parte da premissa de que justiça social e desenvolvimento ambientalmente sustentável são elementos que integram a análise antitruste, devendo ser efetivamente nela considerados, não bastando que sejam, de forma eventual, tangenciados pelos efeitos da atuação do Cade.

Neste trabalho, todavia, concluímos que a contribuição do antitruste para a consecução do desenvolvimento e para a concretização dos princípios da ordem econômica constitucional não deve ser mera eventual consequência da defesa da livre iniciativa e da concorrência por si só. Essa contribuição deve ser realizada a partir do prisma de todos os princípios e valores contidos na ordem econômica constitucional e do paradigma do desenvolvimento sustentável, o que significa tê-los em conta no raciocínio adotado na análise antitruste para: i) estabelecer benefícios e malefícios – inclusive ambientais – de uma estrutura ou conduta; ii) identificar os interesses – inclusive ambientais – de consumidores e da coletividade; iii) verificar se suposta eficiência econômica resulta da violação de normas ambientais ou do abuso no domínio ou uso de um recurso ambiental escasso; entre outras medidas que resultam de uma alteração da perspectiva tradicional de interpretação e aplicação do antitruste, do que se tratará com maior ênfase no item 1.2 e no capítulo 3.

A CF é clara no sentido de ser um dever do poder público²⁵⁰ e da coletividade a defesa e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O setor privado é chamado a

Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 137-138, 143-144. Com a ressalva de que para isso devem ser preenchidos alguns pressupostos, como o de que todos os cidadãos devem ser capazes de expressar suas preferências econômicas e de que haja um acoplamento das políticas públicas que lidam com o tema do poder econômico: CARVALHO, Vinícius Marques. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47-48.

²⁴⁸ Segundo Franceschini, o controle do abuso de poder econômico repercutiria favoravelmente no plano ecológico, com a preservação do meio ambiente alcançada por meio da inovação tecnológica e do controle do desperdício de recursos ambientais (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A política antitruste no projeto constituinte*. 3 set 1987. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/127832/Setembro%2087%20-%2000031.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10.08.2016).

²⁴⁹ Como em: GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 269-270.

²⁵⁰ Proliferam-se no ordenamento jurídico brasileiro leis que tratam do desenvolvimento sustentável e, de forma vinculada, da atividade econômica, da competitividade e do fator ambiental, como a Lei nº 8.666/1993, que em seu artigo 3º, prevê que a licitação se destina a garantir, entre outros resultados, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A Lei nº 13.303/2016, em seu artigo 27, parágrafo 2º, dispõe que as empresas estatais deverão

contribuir para a consecução do desenvolvimento sustentável, suportando o estabelecimento de obrigação ambiental *propter rem* e a restrição à livre iniciativa, sendo incumbido de deveres originariamente típicos do exercício do poder de polícia administrativo, e até mesmo de fiscalizar a adequação de outros particulares à legislação ambiental, como ocorre com as instituições financeiras. Por exemplo, o proprietário de um imóvel contaminado por indústrias situadas na vizinhança é responsável pela reparação dos danos ambientais causados em seu imóvel, ainda que haja direito de regresso; a instituição financeira não poderá conceder financiamento a um produtor rural que não esteja inscrito no Cadastro Ambiental Rural (CAR)²⁵¹. Assim, mostra-se natural que o órgão antitruste, cujo substrato de trabalho são as atividades econômicas, desenvolvidas sob plataformas de recursos ambientais, considere em suas análises o fator ambiental, pois não escapa ao comando constitucional dirigido ao poder público e aos agentes econômicos privados. Conforme expressa Nusdeo²⁵²:

“Em outras palavras, não é mais possível ignorar a origem, as transformações e o destino dos materiais e da energia utilizados pelo homem em sua atividade econômica, seja de produção, seja de consumo. Isso porque tanto a origem quanto o destino estão profundamente imbricados nesse conjunto de atividades e nas transformações por ele impostas, passando a condicionar o sistema como um todo”

Outra hipótese rival das hipóteses adotadas no presente trabalho e que merece ser citada neste subitem é a que afirma que o meio ambiente é um bem social que deve ser perseguido por políticas públicas “específicas”, que não a política antitruste, entendimento do qual deriva o

adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam, e em seu artigo 31, prevê que as licitações realizadas e os contratos celebrados por essas empresas destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, devendo observar, entre outros, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável e da obtenção de competitividade. O artigo 32, *caput*, inciso II, e parágrafo 1º, incisos I e II, dispõe que nas licitações e contratos de que trata essa lei será observada, como diretriz, a busca da maior vantagem competitiva para a empresa estatal, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, e que se deve respeitar, especialmente, as normas relativas à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas e à mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental. De acordo com o artigo 45 de tal lei, na contratação de obras e serviços, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base, entre outros critérios, no de sustentabilidade ambiental. Além de outros, o artigo 47, inciso III, também faz menção à questão ambiental, ao prever que empresas estatais, na licitação para aquisição de bens, poderão solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada.

²⁵¹ A despeito das inúmeras prorrogações do prazo nele previsto, o artigo 78-A da Lei nº 12.651/2012 prevê: “Após 31 de dezembro de 2017, as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no CAR”.

²⁵² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*: introdução ao Direito Econômico. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 306. Segundo o autor, a atividade econômica “consiste, em essência, em retirar da biosfera elementos que, mais cedo ou mais tarde, a ela retornarão” (op. cit., p. 303), “inexistindo, para fins práticos qualquer atividade, quer de produção, quer de consumo, que em algum ponto do seu desenvolvimento não passe pela interface crítica das duas esferas [economia-ecologia]” (op. cit., p. 310).

afastamento do papel do antitruste na promoção do desenvolvimento sustentável, em sua dimensão ambiental, e a inadmissão da abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Primeiramente, parece-nos ultrapassada a visão de que políticas públicas podem ser criadas e executadas de forma alienada em relação às demais políticas públicas, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios e valores constitucionais e ao contexto jurídico, social, econômico, cultural e ambiental em que estejam inseridas. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por relacionar-se diretamente ao direito à vida, precede a diversos outros direitos fundamentais, caracterizando-se como um direito horizontal e interferindo sobre os demais ramos do direito²⁵³, inclusive sobre o antitruste, sendo impossível que sua consideração seja adstrita ao âmbito das políticas ambientais e das leis ambientais. Assim, é inevitável que na análise antitruste seja necessária a avaliação de questões que extrapolam o tema estrito da concorrência, como, por exemplo, ocorre em ato de concentração em que se deve decidir se um efeito da operação é favorável ou não ao interesse do consumidor, cujo bem-estar, que para muitos é a própria finalidade do antitruste, dispõe de uma política pública própria e consolidada para sua proteção, sobre o que se aprofundará no subitem 1.2.2.

Neste subitem, expusemos e elaboramos os principais pressupostos teóricos do presente trabalho, assim resumidos: i) na ordem econômica constitucional e no paradigma do desenvolvimento sustentável encontram-se os fundamentos para extrair da relação entre os direitos concorrencial e ambiental brasileiros o papel instrumental do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, quanto à sua dimensão ambiental; ii) esse papel não é exercido de forma passiva e eventual, mas incorporando à análise antitruste a consideração da questão ambiental; e iii) os parâmetros para isso são extraídos dos princípios e dos valores contidos na ordem econômica constitucional e do paradigma do desenvolvimento sustentável, como: a) a valorização de efeitos de condutas e estruturas para a defesa ambiental, como a redução de impactos ambientais negativos e o aumento nos padrões de sustentabilidade; e b) a consideração da repercussão, para a concorrência, da violação de normas ambientais e do domínio e uso abusivo de recursos ambientais escassos.

²⁵³ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A balança teórica do Estado de Direito Ambiental. Trabalho apresentado no 14º Congresso Internacional de Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e et al (coords.). *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 637.

Concluimos, neste subitem, que da ordem econômica constitucional e da noção de desenvolvimento sustentável, coordenadas da encruzilhada dos direitos concorrencial e ambiental brasileiros na CF, extraem-se os fundamentos do papel ativo do antitruste como instrumento propulsor não apenas de desenvolvimento, como já defende qualificada literatura²⁵⁴, mas de desenvolvimento sustentável, sob um viés que rumo para a sustentabilidade forte. Disso decorre a incorporação da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, como método de concretização do mencionado papel. Essa conclusão, todavia, destoa de um ambiente em que se situam os fenômenos que a literatura fonte de pressupostos teóricos deste trabalho denominou como desconstitucionalização e colonização do antitruste brasileiro, já anunciados no subitem 1.1.1 e que serão aprofundados no subitem seguinte.

1.1.3 – Antitruste desconstitucionalizado: desvio do direito ambiental, a Lei nº 12.529/11 e o Guia para análise de atos de concentração horizontal do Cade

A despeito da conclusão a que se chega no subitem anterior, no sentido de reconhecer o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, a concretização dessa atribuição encontra-se prejudicada no que tange à dimensão ambiental do mencionado paradigma de desenvolvimento. Isso é confirmado, no item 2.1, pelo resultado de pesquisa empírica por meio da qual se constatou a quase inexistência de abordagem substancial da questão ambiental nos procedimentos administrativos julgados ou em trâmite no Cade até 11.01.2018²⁵⁵. Essa situação insere-se em um contexto maior, moldado pelos fenômenos que a literatura fonte de pressupostos teóricos deste trabalho denominou como “desconstitucionalização” e “colonização” do antitruste brasileiro, os quais são interligados.

Conforme observa Salomão Filho²⁵⁶, a doutrina e a jurisprudência limitaram suas discussões, ao longo do tempo, a embates pouco proveitosos entre teorias neoclássicas ortodoxas e pós-Chicago. Nesse contexto, segundo o autor, o direito antitruste recebeu,

²⁵⁴ Como exemplos: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 20; GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139-140; FOX, Eleanor M. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017. p. 23, 27; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 23-24, nota de rodapé 23.

²⁵⁵ Data de encerramento da pesquisa.

²⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17-18, 39-40, 104-105, 119.

paulatinamente, um tratamento casuístico em sua aplicação e interpretação, geralmente econômica, da ideia de eficiência e de livre concorrência, esta erroneamente identificada com o livre funcionamento dos mercados. Assim, vige uma concepção simplificadora dos fundamentos do antitruste, resumidos à busca de resultados econômicos – que nem sempre podem ser antecipados –, em um momento em que diversas teorias econômicas e jurídicas contestam os pressupostos da teoria neoclássica, base de “tediosas discussões sobre eficiência”²⁵⁷. Mesmo diante do contexto, já tratado no subitem 1.1.1, de evidenciação de falhas e de descrédito nos pressupostos das teorias econômicas liberal e neoliberal e das construções teóricas formuladas no âmbito da Escola de Chicago especialmente, a qual influencia a política antitruste em todo o mundo, o antitruste se quedou paralisado²⁵⁸.

A doutrina majoritária brasileira caminhará na contramão do reconhecimento de que a defesa da concorrência e a eficiência são meios para a realização de direitos fundamentais e princípios da ordem econômica, e não fins em si mesmas²⁵⁹, como se analisou nos subitens 1.1.1 e 1.1.2, em que se concluiu pela instrumentalidade do antitruste em relação às finalidades extraídas da ordem econômica constitucional.

Da interpretação e aplicação da lei antitruste brasileira sob forte influência dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago decorreria uma análise antitruste baseada essencialmente em critérios consequencialistas de eficiência econômica, os quais se limitam a oferecer subsídios para a aplicação do direito, sendo indiferentes aos direitos subjetivos e princípios jurídicos²⁶⁰. Assim, as decisões do Cade revelariam uma tendência a reduzir o escopo do antitruste, que passou a uma metodologia econômica “supostamente capaz de indicar parâmetros adequados e precisos para as decisões da autoridade antitruste”²⁶¹, a qual se tornou

²⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17-18, 45, 52.

²⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17-18; SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15-31.

²⁵⁹ FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.262-263 e 276; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-51.

²⁶⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23, 38, 86, 88, 111, 139.

²⁶¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23. A busca por precisão, objetividade e neutralidade pode ter contribuído para a desconsideração do paradigma do desenvolvimento sustentável na análise antitruste, principalmente em razão da imprecisão desse conceito. Ao tratar da relação entre o direito internacional dos investimentos e o desenvolvimento sustentável, Monebhurrún pondera que a busca por “precisão” faz com que tribunais voltados ao direito econômico evitem associar suas decisões a questões de desenvolvimento sustentável, deixando de levá-las em consideração (MONEBHURRUN, Nitish. *A ponte entre o direito internacional dos investimentos e o desenvolvimento sustentável*. Pontes, v. 8, n. 3, junho de

dominante, ofuscando discussões mais substantivas relativas à ordem econômica constitucional, em relação às quais o antitruste se mantém relativamente indiferente²⁶².

Tecendo críticas a essa redução do escopo do antitruste, Schuartz²⁶³ denunciou que as decisões do Cade não têm se fundamentado nos princípios constitucionais, o que revelaria um “peculiar e notável fenômeno de impermeabilização e desconstitucionalização metodológica” do direito concorrencial brasileiro, sendo sua causa principal a colonização do antitruste nacional a partir de irrefletido uso da economia e da apropriação de proposições de manuais e documentos oficiais de autoridades estrangeiras, sobretudo norte-americanas. A desconstitucionalização do direito concorrencial brasileiro decorreria, assim, de irrefletida aceitação de metodologia que baseia a análise antitruste em critérios consequencialistas de eficiência econômica, e o efeito mais danoso disso foi o distanciamento do antitruste nacional de discussões mais substantivas de natureza constitucional²⁶⁴.

Essa colonização do antitruste brasileiro pelo norte-americano teria acarretado indevida importação de modelos de análise inadequados à realidade brasileira, de país em desenvolvimento, com prioridades constitucionais próprias e demandas peculiares de intervenção estatal na atividade econômica, as quais requerem a elaboração e a aplicação de um sistema adaptado a esse contexto²⁶⁵. A condição de país em desenvolvimento não poderia ser indiferente para o antitruste brasileiro, pois essa circunstância altera os tipos de preocupações

2012. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-ponte-entre-o-direito-internacional-dos-investimentos-e-o-desenvolvimento>>. Acesso em 05.01.2018).

²⁶² FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23, 29-30, 41-42.

²⁶³ SCHUARTZ, Luis Fernando. *A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19.05.2014.

²⁶⁴ FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 139-158; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38, 41-42, 88, 111.

²⁶⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3. No mesmo sentido da existência de peculiaridades dos países em desenvolvimento que demandam um antitruste próprio que atenda às suas necessidades: BONAKELE, Tembinkosi. Interviewed by Ioannis Lianos in anticipation of the 4th edition of the joint conference co-organized by Concurrences Review and New York University School of Law, *Antitrust in Developing Countries: competition policy in a politicized world*. New York City, Oct 2017. Disponível em: <<https://www.eventbrite.com/e/interview-with-tembinkosi-bonakele-antitrust-in-developing-countries-tickets-38769388284>>. Acesso em 12.10.2017.

concorrenciais gerados por condutas e estruturas²⁶⁶. Como afirma Salomão Filho²⁶⁷, teorias como a de Chicago e suas adaptações posteriores, “desenvolvidas para realidades econômicas completamente diversas, em que a desconcentração econômica era (e é) muito mais intensa”, não poderiam ser aplicadas, direta e acriticamente, na análise antitruste brasileira.

O instrumental econômico, sob essa perspectiva, tem sido utilizado na definição de conteúdos e na interpretação do direito antitruste brasileiro, cujos objetivos foram reduzidos à maximização da eficiência econômica dos mercados, ou dos interesses dos agentes da microeconomia (produtor e consumidor), o que passou a ser tratado como bem-estar do consumidor, comumente reduzido a uma questão de preço²⁶⁸. Nesse contexto, a análise antitruste tem-se mantido imune a discussões sobre princípios norteadores da ordem econômica, como a defesa do meio ambiente, ignorando a questão ambiental. Ocorre que tratar de questões jurídicas exclusivamente a partir da perspectiva da eficiência econômica significa afastar a análise jurídica da dimensão valorativa e ética das normas que regem a vida social²⁶⁹. E a definição de eficiência como o único fim do antitruste revela uma opção política preocupante, que afasta outras diretivas e implica a atuação estatal mínima²⁷⁰.

²⁶⁶ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48-49, 87, 90. CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

²⁶⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 19.

²⁶⁸ “Na prática, para mensurar os efeitos das estratégias das empresas sobre os consumidores, a variável de interesse é o preço” (REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. *Defesa do consumidor e disciplina antitruste*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 301). A mensuração de benefícios como a qualidade dos produtos e serviços não seria adotada por ser “bastante complexa ou mesmo inviável”, e “por simplicidade didática”, pois a análise antitruste se tornaria “pouco conclusiva” (op. cit., p. 301). Há referência à tese de doutorado da autora: *Poder compensatório e política de defesa da concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro*, Faculdade de Economia da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009.

²⁶⁹ CASTRO, Marcus Faro de. *Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem pós-neoclássica*. Rev. Jur., Brasília, v. 7, n. 74, p. 10-18, ago/set, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/PDF/MarcusCastro_Rev74.pdf>. Acesso em 14.05.2016.

²⁷⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 169-170.

Esse cenário é refletido na Lei nº 12.529/2011²⁷¹, que dá suporte à política antitruste brasileira, e no Guia para análise de atos de concentração horizontal do Cade²⁷², os quais orientam a atuação desse órgão, alçando a eficiência econômica a valor ou interesse protegido pelo direito antitruste²⁷³. Essa eficiência foi, como já mencionado, em dado momento, traduzida como bem-estar do consumidor, por sua vez reduzido ao fator preço. Tais normas evidenciam a influência, no direito antitruste brasileiro, de teses oriundas das Escolas de Harvard e, principalmente, de Chicago. Entre outras considerações que podem ser feitas sobre essa influência, há frequente subordinação da análise jurídica à análise econômica do direito, cujo foco é a eficiência econômica tal como tratada pela teoria microeconômica neoclássica.

A Lei nº 12.529/2011 trata da eficiência em seu artigo 36, parágrafo 1º, ao prever que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* do mesmo artigo – ato sob qualquer forma manifestado, que tenha por objeto ou possa produzir o efeito de dominar mercado relevante de bens ou serviços. A eficiência é referenciada também no artigo 88, parágrafo 6º, “c”, da mesma lei, que avança timidamente em direção ao proposto pela CF, ao dispor sobre atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. O mencionado dispositivo condiciona a autorização para tais atos a que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir determinados objetivos – cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade ou da competitividade, a melhora da qualidade de bens ou serviços e a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico – e que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

²⁷¹ Na justificção para o Projeto de Lei nº 3.937/2004 (proposição originária da Lei nº 12.529/2011, por meio do qual se propunha a alteração da Lei nº 8.884/1994 e ao qual foi apensado o Projeto nº 5.877/2005), constante de documento oriundo da Coordenação de Comissões Permanentes, registrou-se que “o objetivo da defesa da concorrência é aumentar o bem-estar social, promovendo a eficiência econômica”. De documento oriundo dos Ministérios da Justiça e da Fazenda, por meio do qual se submete o Projeto de Lei à consideração do Presidente da República, consta que uma política antitruste ativa constitui “instrumento de defesa do consumidor e promoção da eficiência econômica” (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=34367A65644DA78A3221C827712B272E.proposicoesWebExterno1?codteor=299910&filename=Avulso+-PL+3937/2004>. Acesso em 14.03.2017).

²⁷² Consta do site do Cade que seus guias têm como propósito estabelecer diretrizes sobre temas relativos à política de defesa da concorrência ou a procedimentos institucionais e fornecer interpretação das normas existentes.

²⁷³ No que tange à incorporação desse conceito de eficiência pelo guia mencionado, ver: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100.

Do Guia para análise de atos de concentração horizontal do Cade, consta que tais atos somente poderão ser autorizados se, na análise de ganhos de eficiência específica da operação, forem atendidos os mesmos critérios apontados pela Lei nº 12.529/2011. Esse guia consolida a eficiência econômica como fator fundamental da análise antitruste, prevendo que, nos casos em que os benefícios do ato de concentração não forem superiores aos prejuízos da eliminação da concorrência, o Cade poderá aprová-lo com restrições aplicadas de forma unilateral ou por meio de acordo com as partes, sempre que ficar comprovado que a imposição das restrições restabelecerá o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica.

Na Lei nº 12.529/2011, a eficiência econômica apresenta-se como salvo-conduto para condutas e estruturas potencial ou efetivamente danosas à concorrência, sem que se exija garantia de compensação integral desses possíveis ou concretos prejuízos. Ainda que o artigo 88, parágrafo 6º, “c”, estabeleça a condição de que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da operação, há críticas a essa disposição, como, por exemplo, no sentido de que: i) reduz a titularidade dos interesses protegidos pelo antitruste ao consumidor, preterindo a coletividade, cujos interesses podem ser diversos e contraditórios aos daquele, com isso, ignorando a multifacetária relação das atividades econômicas e empresariais com a sociedade e a multiplicidade de interesses atribuídos aos indivíduos; e ii) o repasse de “parte relevante” dos benefícios da operação não é o mesmo que a compensação do total de malefícios causados a consumidores, coletividade, concorrentes, entre outros, de forma que a lei autoriza um saldo social negativo decorrente de concentrações prejudiciais não apenas à livre concorrência, mas também a outros interesses protegidos por princípios norteadores da ordem econômica constitucional.

Além de refletir – ou, mesmo, de promover – a alçada da eficiência econômica a objetivo do antitruste, a Lei nº 12.529/2011 pode ter contribuído para o quadro de desconstitucionalização do direito concorrencial ao excluir da menção a princípios norteadores da ordem econômica constitucional, em seu artigo 1º, parte desses princípios. Nesse dispositivo, a lei prevê ser orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, deixando de mencionar princípios que devem ser igualmente considerados para o alcance da existência digna, finalidade da ordem econômica, como a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis

brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Isso pode ter ensejado interpretação no sentido de que o antitruste estaria imune aos princípios excluídos de menção no artigo citado, o que, contudo, desconsidera o contexto constitucional no qual está inserida a defesa da livre concorrência. O fato de alguns dos princípios gerais da ordem econômica não terem sido mencionados pela Lei nº 12.529/2011 não implica o afastamento de sua incidência sobre a interpretação e a aplicação do antitruste, nem a inconstitucionalidade dessa lei. Tais princípios excluídos continuam a orientar a ordem econômica como um todo, inclusive o antitruste, cujos princípios a ele especificamente dirigidos são os extraídos do artigo 173, parágrafo 4º, da CF²⁷⁴.

Como afirma Salomão Filho²⁷⁵, uma correta compreensão do significado de interesses da ordem concorrencial implica a ampliação da visão tradicional sobre o tema, decorrente de análise simplificadora que reduz tais interesses e os do consumidor a uma questão de preço. Superada essa vertente convencional, é dever do antitruste considerar interesses como o respeito às normas ambientais, ainda que a Lei nº 12.529/11 tenha se omitido sobre o princípio constitucional da defesa do meio ambiente. Ignorar a existência de interesses e direitos subjetivos de ordem ambiental que possam afetar e ser afetados por estruturas e condutas significa desatender à missão do antitruste de promover um ambiente concorrencial sustentável e o bem-estar da coletividade. Tal postura pode resultar em avaliação equivocada da competitividade em um mercado e do bem-estar coletivo, afetando a percepção do Cade sobre supostas eficiências e impactos sociais, ambientais e econômicos de condutas e estruturas.

Além disso, a ausência de menção à defesa do meio ambiente pelo artigo 1º da Lei nº 12.529/2011 torna-se menos relevante na medida em que o princípio da função social da propriedade²⁷⁶ é citado nesse dispositivo. Apesar de esse fato não ter tido o condão de, na prática, provocar a discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste, é um vetor de possível introdução dessa abordagem. No mesmo sentido, a defesa do consumidor, outro princípio norteador da ordem econômica e objeto de menção pelo artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, também pode ser considerada como uma abertura para o tratamento da questão ambiental na análise antitruste, uma vez que o bem-estar e os interesses do consumidor, os quais

²⁷⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 82-84.

²⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 119-120.

²⁷⁶ Gonçalves indica, no caso de recusa de contratar em mercados caracterizados pela existência de bens essenciais, o recurso à figura do abuso de poder econômico e à ideia de função social da propriedade e do contrato (GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 278-280.

devem ser considerados na análise antitruste, não se restringem a aspectos estritamente econômicos²⁷⁷, abrangendo o respeito às normas ambientais no desenvolvimento da atividade econômica e uma produção sustentável, o que será melhor apresentado no subitem 1.2.2. E ainda, conforme se analisará com maior profundidade nos itens 1.2 e 2.3, disposições da Lei nº 12.529/2011, como os artigos 36, *caput* e incisos, e parágrafo 1º, e 88, parágrafo 6º, viabilizam a abordagem da questão ambiental na análise antitruste sob o caráter de eficiência (“eficiência ambiental”), de elemento propulsor de produtividade ou de competitividade, como aspecto relacionado ao benefício trazido por uma inovação tecnológica ou como infração à ordem econômica, entre outras possibilidades.

A despeito desses argumentos, os princípios indicados no artigo 170 da CF podem encontrar limitação prática para, por si só, garantir a existência digna. Nesse contexto, não se pode afastar a possibilidade de que a ausência de menção à defesa do meio ambiente no artigo 1º da Lei nº 12.529/2011 – o que não pode ser encarado como relapso ou ato despropositado do legislador –, ou em qualquer outra de suas regras, efetivamente tenha contribuído para a interpretação que dificulta a concretização de tal princípio e desfavorece a abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

No que tange à adoção do aparato econômico na análise antitruste, concluímos ser prejudicial quando ultrapassa sua atribuição instrumental de subsidiar a análise antitruste com dados, informações e projeções decorrentes da aplicação de critérios e modelos econômicos, tornando-se orientador dos objetivos e dos valores a serem considerados pelo antitruste e definidor dos conceitos de livre concorrência, eficiência, interesse do consumidor, entre outros. Tal orientação e definições cabem ao direito, a partir de perspectiva que integra os princípios da ordem econômica e o paradigma do desenvolvimento sustentável, devidamente considerados os contextos social e econômico brasileiros. Além de já se ter tratado do tema nos subitens 1.1.1 e 1.1.2, será ele aprofundado sob novo ângulo no item 1.2.

Assim como Salomão Filho²⁷⁸ e outros expoentes do antitruste, compreendemos a relação entre o direito e a economia, no âmbito do antitruste, como a supremacia do valorativo sobre o instrumental econômico na fixação dos objetivos e dos sentidos das regras concorrenciais. Se é certo que a adequada interpretação e aplicação da lei antitruste não deve

²⁷⁷ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.

²⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 63.

reduzir o direito à lei e limitar-se a aspectos dogmáticos ou estritamente legais da demanda, mas abranger a preocupação com as possíveis consequências econômicas da decisão²⁷⁹, é correto, antes disso, que o consequencialismo e as projeções apenas de efeitos econômicos das decisões também não representam o norte a orientar as decisões do Cade. Representam, sim, subsídio para que o julgador, prevendo as implicações de decisões possíveis, assegure-se de qual é a opção que melhor atende à finalidade da ordem econômica constitucional. Sob outro enfoque, apresentado por Nusdeo²⁸⁰, apesar de o valor econômico não se confundir com valores ético-filosóficos, sua definição deve ter como base pressupostos institucionais que resultam de uma opção entre diferentes valores ético-filosóficos.

Como resume Andrade²⁸¹, a tentativa de defender a aplicação de um modelo econômico importado ao sistema jurídico nacional pode encontrar dificuldades, a começar pelos textos positivos de normas, que não se harmonizam com o “*welfarismo* nos moldes norte-americanos da escola de Chicago”, o que evidenciaria a importância de partir-se de objetivos e finalidades positivados na CF, em vez de buscá-los diretamente na literatura. Segundo o autor, a CF, tendo em vista o disposto em seus artigos 1º, 3º, 170, 173, 218 e 219, está mais próxima de recepcionar a concorrência como fator a ser observado e defendido “para um projeto constitucional e historicamente adequado de desenvolvimento econômico brasileiro”.

Assim, é de grande valia o auxílio do instrumental econômico para a melhor compreensão ou projeção dos efeitos práticos e das consequências da aplicação da norma antitruste e, assim, certificar-se de que determinada decisão, efetivamente, direciona-se ao alcance do quanto é pretendido pela lei. Reconhece-se sua contribuição para uma busca mais realista do quanto é estabelecido na CF. Mas, como afirma Stigler²⁸², há uma diferença crucial entre as disciplinas do direito e da economia: enquanto economistas preocupam-se fundamentalmente com a eficiência, os juristas preocupam-se essencialmente com a justiça. É no direito que se encontra a indicação do que se busca com o antitruste, as diretrizes para a interpretação da norma e para a tomada de decisão. Ainda que se entendesse ser a eficiência o

²⁷⁹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito da Concorrência no Brasil: um novo espaço de ativismo judicial?* Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1310/1242>>. Acesso em 30.10.2016.

²⁸⁰ No mesmo sentido utilizado por Nusdeo para explicar a dinâmica no âmbito do direito econômico (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 47-48, 53).

²⁸¹ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 130-131.

²⁸² STIGLER, George, J. Law and Economics? *The Journal of Law & Economics*, v. 35, n. 2, Oct. 1992, p. 463.

objetivo do antitruste, seria no direito que se encontrariam os parâmetros para sua definição, seria o direito que revelaria quais reduções de custos para uma empresa merecem ser consideradas, qual o valor do acesso à educação por um maior número de indivíduos ou do desenvolvimento de tecnologia de produção mais limpa, entre outras hipóteses. Os possíveis efeitos, benefícios, malefícios, custos e repercussões de uma estrutura ou conduta, por vezes somente revelados mediante a aplicação de modelos econômicos e outras ferramentas oriundas da economia, devem ser compreendidos, valorados, interpretados pela ótica dos fundamentos, objetivos, princípios, valores e regras oriundos do direito e, no caso do antitruste, notadamente, da ordem econômica constitucional.

Evidencia-se, dessa forma, o contexto teórico no qual está inserido o problema de pesquisa, o qual já anuncia a pouca probabilidade de existência de abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Tal contexto relaciona-se ao fato de que, no plano prático, do controle de estruturas e condutas realizado pelo Cade, ambiente em que o problema de pesquisa se materializa, inexistente discussão substancial da questão ambiental, o que é confirmado pela pesquisa empírica discutida no item 2.1.

Neste subitem, concluímos pela possibilidade de as disposições da Lei nº 12.529/11 e do Guia para análise de atos de concentração horizontal do Cade contribuírem para a manutenção do quadro de desconstitucionalização e colonização do antitruste brasileiro e para a quase inexistência de abordagem substancial da questão ambiental na análise antitruste, em razão do *status* que conferem à eficiência econômica e, no caso da lei, em decorrência também de ter excluído de seu artigo 1º menção ao princípio da defesa do meio ambiente. Ao mesmo tempo, concluímos que há fundamentos jurídicos suficientes para embasar uma interpretação diversa sobre a lei e o guia citados, não se justificando a quase ausência de discussão da questão ambiental na análise antitruste com base nos motivos apontados.

Com este subitem, encerramos os debates mais substanciais sobre a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro e a pesquisa bibliográfica pertinente. No próximo item, a busca da compreensão sobre como essa relação repercute no papel do antitruste como instrumento de consecução do desenvolvimento sustentável tem continuidade com a indicação do caminho, no plano teórico, para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste. Aproveitando-nos do substrato contido no arcabouço teórico-normativo estabelecido neste item 1.1, partimos para uma proposição condizente com a ordem econômica constitucional e o paradigma do desenvolvimento

sustentável quanto: à relação entre o exercício abusivo de poder econômico e a exploração e a dominação de recursos ambientais; aos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor a partir do direcionamento constitucionalmente estabelecido; e à titularidade dos bens protegidos pelo antitruste – pertencentes à coletividade – e suas implicações e à emancipação do consumidor a cidadão.

1.2 – Confluência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano teórico: caminho para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste

Com a análise do contexto jurídico-normativo brasileiro, evidenciam-se os reflexos da relação entre os direitos concorrencial e ambiental sobre o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, no que tange à sua dimensão ambiental, e a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, os quais encontram fundamento, essencialmente, na ordem econômica constitucional e no paradigma do desenvolvimento sustentável. Tais fundamentos operam diretamente na interpretação dos significados de exercício abusivo do poder econômico, concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor, imprimindo nesses conceitos o aspecto da sustentabilidade e a necessidade de defesa e preservação do meio ambiente.

No subitem 1.1.3, todavia, apontou-se que a interpretação e a aplicação do antitruste mostram-se distanciadas desse raciocínio, contribuindo para a confirmação da hipótese de pesquisa de que há uma desconstitucionalização do antitruste, o qual se encontra impermeável a discussões substanciais sobre valores constitucionais. Tal hipótese foi testada em pesquisa tratada no item 2.1, e o item 2.2 subsidiará debates em torno dela, notadamente quanto a possíveis obstáculos ou dificultadores à abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Neste item, apresentamos proposta para uma interpretação do antitruste condizente com os princípios constitucionais da defesa do meio ambiente, da função social da propriedade e da empresa e com o paradigma do desenvolvimento sustentável. O objetivo é elaborar um arcabouço teórico que fundamente a reconciliação da teoria e da prática do antitruste no sentido da reaproximação dos direitos concorrencial e ambiental, reavivando a confluência entre tais regimes jurídicos e superando o cenário exposto no subitem 1.1.3, o que é um objetivo específico da pesquisa, além de contribuir para o teste da terceira hipótese de pesquisa.

O antitruste não pode ignorar a questão ambiental, que se evidencia não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas na realidade que se prolifera em contexto de intensa

degradação ambiental, poluição e, ao mesmo tempo, de desenvolvimento de tecnologias mais limpas, criação de índices de sustentabilidade, entre outros aspectos que conectam a atividade econômica e o meio ambiente. Por exemplo, avaliar se o aumento de centavos no preço da carne de frango, para determinada sociedade, é compensado pela associação de concorrentes para o implemento de medidas que melhoram as condições ambientais e de vida dos animais, já é uma demanda enfrentada por autoridade antitruste²⁸³. A indissociabilidade entre o direito econômico e o ambiental decorre de dois fatos essencialmente: a finalidade de tais direitos coincide, pois buscam o aumento de bem-estar ou qualidade de vida para os indivíduos e a coletividade; e a natureza é um dos fatores, ao lado do trabalho e do capital, que compõem “a tríade fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica”²⁸⁴. Como afirma Nusdeo²⁸⁵, as preocupações com ecologia não são somente estéticas ou ético-filosóficas, nem se restringem a questões de saúde e conforto das pessoas, tendo a ver com o sistema como um todo, que abrange tanto os fluxos de bens transformados pelas atividades econômicas e pelo consumo, como os fluxos extraeconômicos gerados por essas atividades e os recursos ambientais não renováveis.

A proposta para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste pressupõe a revisitação dos princípios e dos valores inseridos na ordem econômica constitucional e do paradigma do desenvolvimento sustentável, sintetizada em três tópicos: i) admissão da relação entre o exercício abusivo de poder econômico e a exploração e a dominação da natureza e de recursos naturais; ii) ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor; e iii) reconhecimento da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste e emancipação do consumidor a cidadão. Tal proposta encontra seu complemento no capítulo 3, em que, após o enriquecimento dos debates com os resultados obtidos com as pesquisas empíricas *stricto sensu* tratadas no capítulo 2, as quais viabilizaram uma compreensão mais realista das questões da pesquisa, indicamos hipóteses que mostram ser possível a abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Nessa revisitação proposta, principalmente no que tange à ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor, é importante observar que o elemento econômico, inserido na realidade social e política, no processo de composição do discurso

²⁸³ Esse e outros exemplos de abordagem da questão ambiental no âmbito da aplicação do antitruste serão tratados no capítulo 3.

²⁸⁴ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXI, 57-58.

²⁸⁵ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 306.

constitucional, recebe a definição dos valores que lhe são atribuídos pela ideologia constitucionalmente adotada²⁸⁶. Assim, na transposição de elementos da economia para a ordem econômica constitucional, esses elementos subordinam-se ao sistema jurídico, são regulamentados pelo conjunto de normas constitucionais, e sua interpretação somente pode ser concebida a partir da moldura que lhes conferem os princípios e valores contidos naquela ordem. A práxis econômica deve ser estabelecida sobre bases jurídicas, pois deve obediência ao discurso constitucional²⁸⁷.

Neste item, finaliza-se o tratamento teórico da essência da relação entre os direitos concorrencial e ambiental, podendo-se partir, nos próximos capítulos, para a análise dessa relação tal como se materializa – e como vislumbramos que deveria se materializar – no contexto prático, dos procedimentos administrativos em trâmite no Cade até 11.01.2018. As questões tratadas neste item subsidiaram a elaboração do questionário e a análise do resultado obtido com a sua aplicação, do que se tratará no capítulo 2. Formulamos, enfim, proposta para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste, e oferece-se suporte para as análises empreendidas nos próximos capítulos e para a elaboração de proposta para uma nova perspectiva de aplicação do antitruste, objeto do capítulo 3.

1.2.1 – Admissão da relação entre o exercício abusivo de poder econômico e a exploração e dominação de recursos ambientais

O poder é a posse dos meios que permitam alcançar vantagens ou efeitos desejados e é exercido com base no domínio sobre outros homens e sobre a natureza²⁸⁸. O regime de propriedade dos bens ambientais é diretamente relacionado à equidade no acesso a recursos naturais, inclusive pelas gerações futuras²⁸⁹.

O poder econômico é a posse dos meios ou dos bens de produção que permitam ao agente econômico agir com independência em relação aos consumidores e aos concorrentes²⁹⁰,

²⁸⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 32-35, 76-81.

²⁸⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 81.

²⁸⁸ BOBBIO, Norberto. Política. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 954-955.

²⁸⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 68-69.

²⁹⁰ Na União Europeia, considera-se detenção de posição dominante a capacidade de agir duradouramente, de forma independente dos concorrentes e dos consumidores (conforme voto do Conselheiro Relator Ricardo Villas

influenciar individualmente o mercado e impor sua vontade na condução da atividade econômica²⁹¹. É a capacidade de tomar decisões sem estar condicionado aos padrões vigentes em dado mercado concorrencial, submetendo tais decisões aos demais, em geral, porém não necessariamente, em decorrência de posição dominante em mercado relevante²⁹². É, conforme Farina²⁹³, conceito mais amplo do que o de poder de mercado – comumente interpretado, sob influência da teoria neoclássica, como o poder de aumentar preços²⁹⁴ – e de monopólio, dizendo respeito à capacidade de influenciar ou produzir efeitos, intencionalmente, sobre concorrentes, clientes, consumidores, fornecedores e instituições como o órgão regulador, os Poderes Judiciário e Executivo, as organizações não-governamentais e outros, e sua fonte é o poder do capital, das grandes empresas e organizações²⁹⁵.

Salomão Filho²⁹⁶ faz uma análise sobre as relações entre poder econômico, estruturas monopolistas e oligopolistas, exploração predatória de recursos naturais, consumismo e distribuição de renda, afirmando que são constituídas desde o poder econômico exercido nas colônias europeias na América do Sul. Segundo o autor, os reflexos das estruturas monopolistas desenvolvidas com foco na exportação de um ou poucos produtos agrícolas, de modo a reduzir custos, impedir que as colônias criassem mercado interno e garantir que importassem produtos industrializados das metrópoles, foram percebidos ao longo dos tempos. A exploração dos recursos naturais brasileiros durante o período colonial, em regime de monopólio, e a ausência de políticas públicas para o desenvolvimento econômico e social do país durante longos anos

Bôas Cueva no ato de concentração nº 08012.000640/2000-09. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFACnVFDpffyaBlkUYKca-SjFkSVSGRcgghbbZKkaEDyT2kLv>. Acesso em 29.05.2017).

²⁹¹ FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 174-175. Também segundo a autora, a participação de mercado é apenas uma presunção do poder econômico, o qual é identificado mediante reflexão sobre outros critérios como a estrutura e o acesso ao mercado, a fidelidade dos consumidores e dos fornecedores, as barreiras à entrada de outros concorrentes e a facilidade de importação, entre outros (op. cit., p. 176-177).

²⁹² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 224. A posição dominante, conforme Nusdeo, se afere não apenas pela participação no mercado, mas por outros fatores como acesso à tecnologia, capacidade de penetração em mercados, ausência de concorrência e existência de barreiras à entrada (op. cit.).

²⁹³ FARINA, Elizabeth. Prefácio IX. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009. p. xv-xvi.

²⁹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 142-143.

²⁹⁵ Farina faz referência, aqui, a falas do Professor Alaôr Caffê Alves durante os seminários que culminaram na elaboração da obra: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009.

²⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24-25.

desembocaram em alto grau de concentração da indústria brasileira²⁹⁷. Em fase de globalização, a exploração continuou por meio da expansão de estruturas monopolistas dos países desenvolvidos para os em desenvolvimento, gerando desequilíbrio, exploração da mão de obra barata e uso predatório de recursos naturais, além de a dominação tecnológica exercida por essas estruturas permitir-lhes definir padrões de consumo continuamente e criar dependências nos países em desenvolvimento²⁹⁸.

A visão corrente do desenvolvimento, contudo, silencia sobre o fato de que, como afirma Furtado²⁹⁹, “a criação de valor, no sistema capitalista, envolve um custo maior do que aquele que figura nas contabilidades privada e pública”, e de que a atividade econômica gera processos naturais irreversíveis, “tendentes a aumentar a entropia do universo”. O estímulo de técnicas que utilizam energia intensivamente, com uma “visão de curto prazo apoiada na apropriação privada dos recursos não-renováveis, agrava essa tendência, fazendo do processo econômico uma ação crescentemente predatória”³⁰⁰. Apesar de a acumulação como formação de capital tender a um ponto de saturação, não se compreende o problema se o progresso técnico for analisado apenas no plano microeconômico, esvaziado de seu caráter social³⁰¹.

Além de os bens e os impactos ambientais deixarem de ser contabilizados como custo da atividade econômica³⁰², o ônus decorrente de sua exploração é suportado pela coletividade, seus efeitos prejudiciais ao meio ambiente não são reconhecidos e tratados como externalidade ambiental negativa³⁰³. Se é verdade que, para que um mercado seja perfeitamente competitivo,

²⁹⁷ CHINAGLIA, Olavo. Liberdade de iniciativa, distribuição de renda e desenvolvimento: breve reflexão sobre a defesa da concorrência no Brasil do século XXI. In: FARINA, Laércio. et al. *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 138 e 140.

²⁹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 27-35; SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24-25.

²⁹⁹ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 22.

³⁰⁰ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 22-23.

³⁰¹ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 15.

³⁰² Dowbor alerta sobre a perversidade do processo em que as corporações extraem o capital natural, lucram sobre bens ambientais que não tiveram que produzir e em relação aos quais custearam apenas a sua extração, não lhes é exigida a reposição desse capital e ainda são subsidiadas pela sociedade, o que resulta em um ambiente de lucros exorbitantes para elas e o crescimento de seu poder político (DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 128).

³⁰³ A externalidade é um fenômeno originado da não abrangência de todos os custos e/ou respectivos benefícios, decorrentes da atividade econômica, por parte da unidade responsável, produtora ou consumidora, de modo que o preço não reflete todas as informações relevantes relacionadas, falhando por não incluir no mercado efeitos (custos e benefícios) da atividade, os quais deixam de ser compensados (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução*

não podem existir externalidades, as quais representam ineficiência, também o é que, ao não se internalizar as externalidades, desprezam-se os custos e os benefícios sociais para empresas e indivíduos, deixando de computar efeitos positivos e negativos das atividades econômicas³⁰⁴. Sullivan e Harrison³⁰⁵ afirmam, inclusive, que quando houver externalidades, as empresas podem sujeitar-se à revisão antitruste, uma vez que, nessas condições, o mercado não operará de acordo com os modelos de competição aceitos. Afinal, conforme os autores, as leis antitruste são um meio para regular as empresas que competem sob as forças do mercado livre, para assegurar mercados competitivos e fazer correções sobre falhas no mercado e externalidades que interferem, artificialmente, no comércio.

Para fins do estudo jurídico proposto, tratamos da questão ambiental como custo social ambiental ou externalidade ambiental positiva ou negativa no âmbito da discussão sobre eficiências e outros benefícios ambientais, no item 3.1, e sob o prisma do exercício abusivo de poder econômico e do domínio e da exploração de recursos ambientais, bem como da violação de normas ambientais que se relacione à infração à ordem econômica³⁰⁶, no item 3.2.

ao Direito Econômico. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 124). A externalidade é caracterizada por três elementos: o comportamento de uma empresa ou um indivíduo que reflita no lucro ou no bem-estar de outra empresa ou indivíduo; o fato de esse comportamento poder ser precificado e objeto de transação mercadológica; e seu caráter involuntário ou acidental (CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: *Curso de gestão ambiental*. PHILIPPI JR., Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet. Barueri: Manole, 2004. p. 576-577). A externalidade é considerada, em economia, falha de mercado. Ronald Coase propôs o que entendeu ser uma solução para o problema das externalidades e que ficou conhecido como “Teorema de Coase”: os agentes envolvidos devem negociar a internalização das externalidades, com base na disposição de direitos de propriedade, se não houver custos de transação para essa negociação. Coase defendeu haver um direito de adotar comportamentos que gerem efeitos prejudiciais ao meio ambiente, como a emissão de fumaça, barulho ou odores, direito esse que consistiria em fator de produção (COASE, Ronald. H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-112). Mostra-se pertinente mencionar discussão existente no âmbito das ciências econômicas, em que os recursos ambientais também são tratados como recursos comuns – o que significa dizer que, como regra geral, não se pode excluir um consumidor do acesso a eles, exceto por meio da fixação de direitos de propriedade, transformando o bem em privado –, acerca da “tragédia dos bens comuns”, relativa a uso desordenado e competitivo desses bens (SILVA, Ana Lúcia Pinto et al. Principais conceitos econômicos. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord). *Agenda contemporânea: Direito e Economia*. 30 anos de Brasil. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 524-527). A despeito de esses esclarecimentos situarem-se no âmbito do raciocínio econômico, são relevantes para a discussão sobre o porquê de a questão ambiental não ser tratada na análise antitruste, ainda que essa análise seja dominada pela economia.

³⁰⁴ CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: *Curso de gestão ambiental*. PHILIPPI JR., Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet. Barueri: Manole, 2004. p. 577.

³⁰⁵ SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding Antitrust and its Economics Implications*. 6. ed. New providence, NJ: LexisNexis, 2014.

³⁰⁶ Há uma diferença essencial entre externalidade ambiental negativa e violação deliberada de normas ambientais. A externalidade ambiental negativa é inevitavelmente desconsiderada pelo mercado, não é refletida no preço, porque o arcabouço legal existente não a identifica ou não a atribui consequências jurídicas, sendo considerada uma falha de mercado, mas que ocorre “dentro das regras do jogo do mercado”, não sendo gerada por uma ilegalidade deliberada por parte de seu causador. Já a ação delituosa ou ilegal, como a violação de normas

Como afirma Salomão Filho³⁰⁷, o poder econômico tem outras origens, além do mercado e do direito, e efeitos para além do mercado. As relações de dominação da natureza são geradoras de poder econômico e têm efeitos que podem atingir toda a coletividade e que não se relacionam aos mercados, o que deve ser considerado na análise de estruturas. Para o autor³⁰⁸, nesses casos, como o que envolve a questão ambiental, a existência de poder econômico dominante é ainda mais danosa socialmente, pois não pode ser bem captada pelos instrumentos tradicionalmente utilizados para detecção do poder econômico nos mercados. A questão apresentada pelo autor aponta para uma possível dificuldade no tratamento da relação entre poder econômico e dominação de recursos ambientais pela análise antitruste, o que pode ser um dos obstáculos ou dificultadores para a abordagem da questão ambiental no controle de estruturas e condutas realizado pelo Cade.

No percurso entre a colonização e a globalização, o uso predatório de recursos naturais ou em desacordo com normas ambientais, não raras vezes, esteve associado ao poder econômico, acompanhado de conseqüente poder político e capacidade de influenciar instituições jurídicas e poderes. Agentes econômicos valem-se de poderio econômico que, ao longo dos anos, permite-lhes esquivar-se do cumprimento da lei ambiental e da efetiva reparação e compensação de danos ambientais, no máximo arcando com multas ambientais irrisórias se comparadas ao lucro aferido com a usurpação do bem coletivo. E assim esses agentes agem continuamente, obtendo novas autorizações governamentais para o desenvolvimento de sua atividade predatória, comercializando produtos e prestando serviços a preços inferiores aos de seus concorrentes – o que é possível mediante a redução de seus custos com a violação ambiental –, ganhando participação de mercado, realizando atos de concentração que resultam no aumento de seu poder econômico.

Aquele que é considerado um dos maiores desastres socioambientais ocorridos no Brasil, na cidade de Mariana (MG), relacionado à atividade da empresa Samarco Mineração S.A. – uma das maiores produtoras de pelotas de ferro do mundo, com 20% do *market share* mundial³⁰⁹ –, evidencia a morosidade na reparação dos danos ambientais e sociais

ambientais, é uma ação não acolhida pelo mercado, realizada fora de suas regras (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 126-127).

³⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3-4, 365-366.

³⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3-4, 365-366.

³⁰⁹ Conforme consta de matéria jornalística, com dados relativos a 2014. Disponível em: <http://www.revistamt.com.br/index.php?option=com_contenido&task=printMateria&id=1772>. Acesso em 08.08.2017.

provocados³¹⁰. Em matéria jornalística³¹¹, denuncia-se que o ocorrido em Mariana não é um caso isolado, refletindo o lobby praticado pelo segmento da mineração³¹², que figura na lista dos cinco setores que mais contribuíram para as eleições de 2014, e que “a relação entre o poder das corporações e a subserviência do Executivo e do Legislativo faz com que o setor desfrute de uma carga tributária altamente benéfica³¹³ para si e gravemente prejudicial ao país, além de promover graves violações socioambientais”³¹⁴. Segundo a assessora política do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), Brasil e Austrália são os maiores *players* globais do principal recurso mineral da base de economias industriais³¹⁵, em especial a da China, que

³¹⁰ Passados mais de dois anos do desastre, ainda não teriam sido pagas as principais multas ambientais impostas à empresa pelos órgãos ambientais federal e estaduais (MG e ES). É possível verificar que houve descumprimentos reiterados de obrigações impostas à Samarco pelo Ibama, mediante consulta a documentos disponíveis no site do Instituto, entre os quais, autos de infração desde novembro de 2015, em página na internet dedicada a divulgar informações sobre o rompimento da Barragem de Fundão. Por exemplo, em consulta a relatório elaborado pelo Ibama em março de 2017, para acompanhamento das ações de recuperação ambiental emergencial promovidas pela Fundação Renova, referentes ao rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, conclui-se pelo descumprimento de recomendações feitas a essa fundação, pela insuficiência de medidas para garantir a contenção de rejeitos e das obras de drenagem, entre outras inadequações, temeridades e expectativas não cumpridas. O relatório aponta que essas deficiências e descumprimentos dificultam o estabelecimento de parâmetros que possibilitem acompanhar e avaliar a evolução da recuperação da área. Como se denuncia em matéria jornalística, de acordo com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), de 68 penalidades aplicadas, que totalizam quase R\$ 552 milhões, a única que começou a ser quitada foi parcelada em 59 vezes, e seu valor corresponde a apenas 1% do total. Informação disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg#respostassamarco>>. Acesso em 07.11.2017. Relatório geral de vitória – Operação Águias – Fase Argos – Etapa III. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/relatorios/2017-03-16_Relatorio%20Geral_Argos%20III_FINAL.pdf>. Acesso em 07.11.2017.

³¹¹ MACHADO, Katia. Os interesses econômicos por trás (ou debaixo) da lama de rejeitos da mineração. *Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio*. Reportagem publicada no site em 01.11.2017. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/os-interesses-economicos-por-tras-ou-debaixo-da-lama-de-rejeitos-da-mineracao>>. Acesso em 07.11.2017.

³¹² Conforme declaração do consultor de relacionamentos institucionais da Associação dos Municípios Mineradores de Minas Gerais (AMIG), constante da matéria jornalística. Informação disponível em: MACHADO, Katia. Os interesses econômicos por trás (ou debaixo) da lama de rejeitos da mineração. *Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio*. Reportagem publicada no site em 01.11.2017. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/os-interesses-economicos-por-tras-ou-debaixo-da-lama-de-rejeitos-da-mineracao>>. Acesso em 07.11.2017.

³¹³ O INESC, em nota técnica intitulada "O modelo mineral brasileiro visto a partir de questões fiscais e tributárias", discute o que classifica como “favorecimentos tributários obtidos pelo setor em meio à crise fiscal e econômica brasileira” e “violação de direitos socioambientais que as grandes empresas mineradoras promovem com dinheiro público”. Documento disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2017/junho/mineracao-contaminacao-e-violacoes-de-direitos-financiados-com-dinheiro-publico>>. Acesso em 27.08.2017.

³¹⁴ Segundo a assessoria política do INESC.

³¹⁵ “Por que esse assunto deveria interessar mais amplamente à sociedade?”, questiona-se na matéria, para o que se responde taxativamente: “Primeiro, porque o Brasil precisa se reconhecer como país minerado, com todas as consequências que esse lugar implica. No caso do minério de ferro, o Brasil é o segundo maior produtor mundial e, ao longo do chamado *boom* de *commodities*, a exploração do minério pela Vale cresceu 253%, alcançando 348,9 milhões de toneladas extraídas em 2016”. Em julho de 2017, o governo federal anunciou, por meio do Portal Brasil, que o setor de mineração arrecadou US\$ 11,5 bilhões no primeiro semestre daquele ano, 21% de todas as vendas do País no mercado externo. Informação disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/07/setor-de-mineracao-atinge-superavit-de-us-11-5-bilhoes>>. Acesso em 11.08.2017.

demanda, hoje, mais de 70% de todo o minério de ferro importado pelo mundo. “A tragédia de Mariana e as consequências por toda a bacia do Rio Doce só nos lembram de que a mineração, além de ser uma atividade com alto potencial de danos, é dominada por empresas transnacionais que não medem esforços para ampliar a escala da extração e reduzir custos”, alerta a matéria.

Assim, não se pode ignorar que agentes detentores de poder econômico podem utilizá-lo para exercer pressão sobre setores governamentais, para obtenção de favorecimento e vantagens econômicas. Como afirma Dowbor³¹⁶, um amplo poder político, com roupagem econômica e, por isso, não submetido a controles políticos, é controlado pelas chamadas “forças de mercado”, está a serviço do interesse de seus detentores. Desde, no mínimo, os debates prévios à edição do *Sherman Act*, percebeu-se que os efeitos nocivos da concentração de poder econômico não atingiam apenas o desenvolvimento econômico da nação, mas geravam pressões políticas antidemocráticas³¹⁷. De acordo com Stiglitz³¹⁸, a política antitruste norte-americana começou como uma agenda política, cujo objetivo era limitar os poderes de mercado e político de monopólios e oligopólios, percebendo-se que a concentração de poder econômico quase que inevitavelmente resultava em concentração de poder político e comumente era reforçada por este³¹⁹.

No Brasil da atualidade, o mesmo ocorre, como testemunha Farina³²⁰, quanto à “capacidade de mobilização institucional do poder econômico”, com a atuação deste em diversas esferas, como os Poderes Legislativo e Judiciário, inclusive com o objetivo de limitar a competência e as atribuições do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, enfraquecer a executabilidade das decisões do Cade e influenciar o conteúdo de projeto de lei³²¹. Ferraz

³¹⁶ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 54.

³¹⁷ CARVALHO, Vinicius Marques. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15. Além disso, como observa o autor, “quanto maior a concentração de poder, maior o poder de planejamento setorial nas mãos dos agentes privados” (op. cit., p. 23).

³¹⁸ STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017.

³¹⁹ Como observa Franceschini, poder de mercado e tráfico de influências raramente são exercidos com finalidade altruística ou em proveito geral (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A política antitruste no projeto constituinte*. 3 set 1987. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/127832/Setembro%2087%20-%2000031.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10.08.2016.

³²⁰ FARINA, Elizabeth. Prefácio IX. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009. p. xix.

³²¹ A questão também é debatida por Nusdeo, com foco nos grupos de pressão ou interesses (ou *lobbies*), em: NUSDEO, Fabio. Primeiro encontro: poder econômico – o jogo e as regras. *Legislação econômica, grupos de*

Junior³²², por sua vez, conclui que há uma “promiscuidade estrutural” nesse quadro em que poder econômico tornou-se muito parecido com poder político, e que se vive um paradoxo do qual resulta a impotência do Estado para controlar o poder econômico e transcender a ética de resultados, de eficiência, para alcançar uma “ética de convicção ou em nome da moralidade”, por conta do império do ciclo de consumo, que retiraria desta ética qualquer finalidade e favoreceria um ambiente de corrupção. Segundo o autor, nesse cenário, o poder econômico ganha maior independência diante do direito e os próprios juristas passam a pensar em questões como o consumo a partir do instrumental econômico, o que culmina em uma cisão que separa a ética da política e do direito.

Esse quadro em que poder político e econômico estão estreitamente relacionados pode, assim, gerar repercussões negativas para o equilíbrio ecológico, como ocorre com a instalação de indústrias em polos de preservação ambiental, autorizada sem base legal e não condizente com os interesses da sociedade³²³. As perdas sociais decorrentes do exercício abusivo de poder econômico incluem os rendimentos extraordinários realizados pelo monopolista em função do aumento de preços, os quais representam também um valor imaterial, um ativo a ser despendido em corrupção governamental, em *lobbying* ou, por muito tempo, no financiamento de campanhas políticas³²⁴. O poder econômico retroalimenta-se e permite, por exemplo, que empresas e grupos econômicos violadores de normas ambientais ajam em relação aos seus passivos ambientais³²⁵, por meio de manobras políticas, econômicas e jurídicas contestáveis, como custos incorporados, gastos não relacionados à produção de utilidades, no melhor estilo da lógica neoclássica. Por fim, como observa Bobbio³²⁶, os detentores de poder econômico costumam deter também o controle sobre os meios de formação da opinião pública e influenciar

pressão e regulação. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 1-10.

³²² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Poder econômico e gestão orgânica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 24-26.

³²³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50.

³²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 327.

³²⁵ Considerar como passivo ambiental, também, mas não apenas, “o conjunto de dívidas e encargos monetariamente apreciáveis, atuais ou meramente contingentes, decorrentes do descumprimento de deveres impostos por normas do sistema jurídico ambiental e que oneram um patrimônio ou uma universalidade jurídica”, o “resultado economicamente apreciável” aflorado de infrações e agressões ao meio ambiente (ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Passivo ambiental. In: *Direito Ambiental em Evolução 2*. FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). Curitiba: Juruá, 2001. p. 115). Como já afirmado, no presente trabalho compreende-se a questão ambiental a partir de critérios meta e extraeconômicos essencialmente, sem dispensar, contudo, o aparato econômico sempre que se mostrar imprescindível para fazer-se cumprir a defesa do meio ambiente.

³²⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier: 2004, p. 64.

as decisões políticas que afetam a sociedade, principalmente em um momento histórico em que se evidencia um processo de remonopolização desse poder e do poder ideológico, com progressiva concentração de empresas e de partidos políticos.

No contexto jurídico-normativo brasileiro, a preocupação com o exercício abusivo de poder econômico é expressa de forma direta na CF, em seu artigo 173, parágrafo 4º, mas encontra fundamento primário em seu artigo 170, inciso IV, que estabelece como princípio norteador da ordem econômica a livre concorrência. De uma primeira leitura desses dispositivos extrai-se que o poder econômico, nos termos do primeiro dispositivo citado, é admitido e aceito pela CF, somente devendo ser reprimido quando exercido de forma abusiva e puder prejudicar a livre concorrência, tiver como finalidade a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros. Como salienta Schuartz³²⁷, essa visão de poder econômico como fenômeno juridicamente aceito, que não se objetiva suprimir, mas regular e tratar como ilícito apenas seu uso abusivo, é uma concepção normativa inserida no contexto de desenvolvimento do capitalismo moderno, em que o antitruste é tido como regulador daquele poder, tendo em vista um ideal de mercado. Contudo, como já visto, uma leitura mais contextualizada permite enxergar que o artigo 173, parágrafo 4º, tem natureza instrumental em relação à finalidade prevista no artigo 170, de assegurar a todos existência digna, devendo, portanto, ser compreendido em conformidade com os princípios e os valores neste inseridos, os quais fazem parte, todos, em alguma medida, das reflexões a respeito do poder econômico³²⁸. Conforme Frazão³²⁹, importa analisar se o exercício do poder econômico é compatível com os princípios e valores inseridos na ordem econômica constitucional, dos quais se extrai que a atividade econômica deve proporcionar a todos existência dignas. Um desses princípios, além do da defesa do meio ambiente, é o da função social da propriedade, da empresa e dos meios de produção, do qual decorre que a atividade empresarial ultrapassa interesses meramente privados, havendo forte interesse público e da coletividade, que, com essa atividade, relaciona-se de forma umbilical, na disponibilização de bens e serviços de seu interesse, na oferta de empregos, na construção conjunta de uma estrutura política e socioeconômica que tem de

³²⁷SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno*. 2004. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrancia_moderno.pdf>. Acesso em 19.05.2014.

³²⁸ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29-30, 41-42, 46-47, 50, 139.

³²⁹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50.

atender aos interesses e ser compensatória para ambos os lados, os quais são favorecidos por um objetivo comum, consistente no desenvolvimento sustentável.

Do contexto exposto extrai-se que a definição de poder econômico deve considerar as relações entre poder, atividade econômica e meio ambiente e seus potenciais ou efetivos prejuízos à livre concorrência e à consecução dos demais princípios insertos no artigo 170 da CF. Afinal, uma das formas pelas quais o exercício abusivo de poder econômico pode dar-se é por meio da violação a normas ambientais e da exploração e dominação de recursos ambientais, com a consequência de desestabilizar o ambiente concorrencial em determinado mercado. O domínio de recurso natural relacionado ao desenvolvimento de atividade econômica, principalmente de recurso escasso e essencial para a sadia qualidade de vida, pode ser causa, meio ou consequência do exercício abusivo de poder econômico e ter como resultado efetivo ou potencial a dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucro. A gravidade do abuso de poder econômico é proporcional à escassez do recurso ambiental explorado e de sua relevância para a garantia de uma existência digna³³⁰. O desenvolvimento de atividade econômica por de empresa violadora de normas ambientais, com passivo ambiental ou que exerce de forma abusiva seu domínio sobre recursos ambientais mostra-se em desacordo com CF, devendo o órgão antitruste considerar que sua atuação pode incrementar o poder econômico ou o domínio de mercado exercido por esses agentes.

Neste subitem, concluímos que o poder econômico pode ser causa, instrumento ou consequência da violação às normas ambientais, da degradação ambiental e do exercício abusivo da exploração e dominação de recursos ambientais. O abuso de poder econômico³³¹ pode ser exercido, por exemplo: i) em decorrência da violação a normas ambientais e de passivos ambientais que geraram e que permitiram ao agente econômico, por exemplo, reduzir os custos de sua produção e ofertar produtos a preços menores que seus concorrentes, ganhando participação e, ao fim, dominando mercados; ii) com sustento no domínio de recurso natural escasso e essencial à existência digna, que confira ao agente econômico, por exemplo, alto poder de agir de forma independente no mercado, prejudicando a coletividade, a qual já é

³³⁰ A humanidade consome 30% mais recursos naturais do que a capacidade de renovação da Terra. Informação disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/consumo-consciente-de-embalagem/quem-e-o-consumidor-consciente/item/7591>>. Acesso em 20.01.2018.

³³¹ Cujo conceito, segundo Gonçalves, “ainda carece de interpretação exaustiva, reiterada e consistente” (GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 279.

expropriada do recurso natural; e iii) como instrumento para a violação de normas ambientais, para a exploração de recursos naturais em desacordo com os interesses sociais e para esquivar-se da responsabilização para os prejuízos ambientais causados.

Considerada a instrumentalidade da defesa da livre concorrência em relação à finalidade da ordem econômica – que pressupõe a defesa do meio ambiente e o desenvolvimento no modelo sustentável –, é abusivo e deve ser reprimido o exercício de poder econômico que seja causa, instrumento ou consequência da violação de normas ambientais, da constituição de passivos ambientais não resolvidos e da exploração e dominação abusivas de recursos ambientais. Os agentes econômicos que assim atuam não poderiam ser fortalecidos por atos de concentração sem restrições ou condições relacionadas à promoção da defesa ambiental, nem poderiam suas atividades serem reconhecidas como geradoras de eficiência sem qualquer reflexão e ressalva, sendo tais situações incompatíveis com a ordem econômica constitucional.

Propomos, assim, uma reinterpretação dos significados de poder econômico e de seu exercício abusivo, para que se harmonizem com o contexto jurídico-normativo em que estão inseridos, adaptando-se para a observância da ordem econômica constitucional, inclusive do princípio da defesa do meio, e do paradigma do desenvolvimento sustentável. Com tal reinterpretação, afasta-se um dos possíveis obstáculos ou dificultadores para o reconhecimento do papel do antitruste no desenvolvimento sustentável e para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, o qual decorre de uma interpretação restrita da abrangência da defesa da livre concorrência e equivocada acerca das formas como o exercício abusivo do poder econômico se relaciona com o meio ambiente. Essa reinterpretação também se presta a afastar hipóteses rivais de hipóteses deste trabalho, no sentido de não ser possível a abordagem da questão ambiental na análise antitruste porque se extrapolaria o mandato legal conferido à autoridade antitruste, pois a defesa do meio ambiente não seria um princípio norteador ou não se enquadraria como objeto ou valor a ser considerado pelo antitruste.

Uma vez que o fator ambiental é admitido como integrante da noção de violação da livre concorrência e de exercício abusivo de poder econômico – o que se propõe no presente trabalho –, não se trata de ampliar o objeto do antitruste ou de extrapolar a competência do Cade admitir a discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste. No contexto proposto, isso seria apenas consequência da defesa da livre concorrência nos termos em que é propugnada pela CF, diversa daquela que, hoje, reluta em admitir que há fatores que podem deturpar,

consideravelmente, as condições concorrenciais e que constituem nada menos que o substrato das atividades econômicas, como o fator ambiental.

Como se verá a seguir, a reinterpretação ou ressignificação dos conceitos de exercício abusivo de poder econômico, concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor, o reconhecimento da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste e a emancipação do consumidor a cidadão formam os pilares do arcabouço teórico que fundamenta a perspectiva sustentável do antitruste proposta, a qual trabalha com o papel do antitruste no desenvolvimento sustentável e a abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

1.2.2 – Reinterpretação ou ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor a partir do direcionamento constitucional

A incorporação à análise antitruste de “discussões mais substantivas de natureza constitucional”³³² encontra resistência na literatura e nos precedentes do órgão antitruste em âmbito nacional³³³, como resultado da desconstitucionalização e da colonização do antitruste brasileiro, conforme se tratou no item 1.1. Essa resistência fundamenta-se na defesa contra o que se interpretou como indevida extrapolação da competência do Cade e ampliação dos objetivos do antitruste, que se resumiriam à defesa da livre concorrência como um fim em si e à busca de eficiência econômica – na prática, comumente reduzidos à garantia do livre mercado e de um bem-estar do consumidor traduzido em preço. Nesse cenário, o fator ambiental não é considerado elemento dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor.

Em realidade, tais conceitos não foram explicitados pela lei, nem por ela foi indicada a fonte para sua definição, sendo, portanto, indeterminados, de conteúdo maleável, dinâmico e relativo. Em sintonia com o quanto se conclui no item 1.1, contudo, tais conceitos são vinculados a um norte de sentido e de legalidade contido nos princípios da ordem econômica constitucional e devem ser reinterpretados ou ressignificados a partir da constitucionalização do antitruste e do reconhecimento de seu papel na consecução do desenvolvimento sustentável. Assim, é da CF que devem ser extraídos os critérios de validade desses conceitos, ainda que

³³² FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139-158; FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38, 41-42, 88, 111.

³³³ Como observam Gaban e Domingues, conceitos e raciocínios oriundos da microeconomia principalmente dominam a doutrina e a jurisprudência antitruste nacional (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 123).

seu preenchimento ocorra com base em opções ideológicas, políticas, produto das necessidades e dos valores cultuados em determinado contexto histórico, jurídico, social, econômico, político, ambiental e de outras ordens. E o significado que é atribuído a esses conceitos pode alterar por completo a análise antitruste e os resultados da atuação do Cade, atingindo, de forma diversa, diferentes interesses individuais e coletivos, públicos e privados, contribuindo, em diferentes graus, para a realização da justiça econômica e para o desenvolvimento sustentável.

Apesar da utilidade da interação entre o direito antitruste e a teoria econômica, da conveniência de se recorrer ao instrumental econômico para a definição de conceitos como os de poder econômico e mercado relevante, há duas ressalvas a serem feitas. A primeira é a de que não há na lei alusão à importação, para o direito antitruste, de conceitos da economia, do que resulta que não se pode tomar tal providência como um imperativo. A segunda é a de que, em caso de absorver-se conceitos oriundos da economia, deve-se interpretá-los, adaptá-los e aplicá-los, se necessário for, ao que as normas jurídicas estabeleceram como princípios, regras e valores informadores do antitruste e de outros regimes jurídicos que regem aspectos com os quais o antitruste venha a relacionar-se, como o direito ambiental. Como já tratado com ênfase no subitem 1.1.3, modelos econômicos podem ser úteis, mas são desprovidos de valoração jurídica intrínseca, de modo que os resultados de sua aplicação devem ser interpretados e analisados juridicamente ou tendo-se em vista as premissas jurídicas existentes. No mais, deve-se sempre questionar sobre como se contribui para a promoção e garantia da dignidade humana e da justiça social, pois há uma regra da razão mais ampla, estampada no artigo 170 da CF, a qual dita a finalidade da intervenção estatal por meio do antitruste e inclui a defesa do meio ambiente como princípio norteador da ordem econômica. Como esclarece Souza³³⁴, a ciência econômica oferece elementos do sistema econômico para explicação científica de fatos, como fonte auxiliar ou subsidiária de interpretação da Constituição Econômica, e esse substrato é configurado como fato jurídico, ajustado aos princípios componentes do sistema político sob o filtro da ideologia adotada constitucionalmente. Esse método, denominado analítico substancial, se diferencia da análise econômica do direito por não condicionar a interpretação da CF à eficiência como um valor, libertando o direito do papel positivo e normativo pretendido pela teoria econômica.

³³⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 291-293.

Assim, uma das proposições do presente trabalho é a de que é necessária uma reinterpretação ou resignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor conforme a CF, de forma a superar as restrições derivadas da influência da teoria econômica tradicional³³⁵. É preciso resignificar tais conceitos para que o antitruste não permaneça desconectado de seu papel na consecução do desenvolvimento sustentável e porque o bem ou benefício ambiental não pode sujeitar-se apenas a pressupostos econômicos para o reconhecimento de seu valor, que é essencialmente metaeconômico e/ou extraeconômico. Um passo nesse sentido é reconhecer a supremacia do valorativo e do direito sobre o instrumental econômico na fixação dos objetivos e dos sentidos das regras concorrenciais³³⁶. E mesmo que se argumente que a defesa ambiental não é um objetivo direto ou um princípio norteador do antitruste, o fator ambiental deve ser considerado na análise antitruste em razão de ser um componente dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor e da coletividade, conforme a reinterpretação conceitual proposta.

A reinterpretação ou a resignificação de tais conceitos dá-se sob o prisma do paradigma do desenvolvimento sustentável, do qual são pressupostos a produção e o consumo sustentáveis, que, por sua vez, demandam que processos de produção e critérios de consumo sejam adequados aos interesses da coletividade e à proteção do ecossistema planetário³³⁷. Como afirma Grau³³⁸, a CF deve ser compreendida como dinamismo, que extrai da vida real e do direito os subsídios para sua interpretação, em processo que reflete a atuação de forças sociais em dado momento, as quais reciprocamente também são conformadas pela CF. A reinterpretação dos conceitos em destaque é necessária para que o antitruste brasileiro não fique à margem da evolução das demandas da coletividade e dos debates que, nos âmbitos público e privado, voltam-se à questão de como se alcançar o desenvolvimento sustentável; para que não represente mero mantenedor do estado de desigualdade socioeconômica continuamente reforçado pelo exercício abusivo do poder econômico e pela usurpação do bem ambiental; para

³³⁵ Afinal, sintetizando com as palavras de Nusdeo o quanto visto até o momento, a lei e suas instituições não podem ser entendidas e analisadas apenas pela sua dimensão econômica, principalmente se adotada a ótica da eficiência, não se podendo ignorar objetivos relevantes como a justiça e a equidade distributiva (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 332).

³³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 63.

³³⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

³³⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 131-132, 162-163, 192, 270, 284.

que não fique “em suspensão, alheio ao contexto socioeconômico que lhe serve de engaste”, em quadro descrito por Mello e que se lhe aplica³³⁹.

No que tange ao conceito de concorrência, como adiantado, a CF não apresenta definição explícita³⁴⁰ ou indicação de corrente teórica econômica aplicável, o que não significa uma negativa de constitucionalização, nem uma abertura total e discricionária para a escolha entre modelos ou ferramentas econômicas existentes³⁴¹. Dada a posição de sua abordagem pela CF, é certo que a concorrência não constitui um valor absoluto, é relativizada e harmonizada com base nos outros princípios da ordem econômica constitucional. Ademais, como já adiantado, a definição de concorrência em dado espaço e tempo depende de fatores culturais, econômicos, sociais e políticos, no mínimo³⁴².

O princípio da livre concorrência não se refere apenas a aspectos econômicos, há uma política econômica constitucional que impõe a consideração das finalidades da República Federativa do Brasil, entre as quais o desenvolvimento³⁴³, que, neste trabalho, conclui-se tratar do desenvolvimento sustentável. A defesa de metavalores normativos que não estejam previstos na CF ou que a contrariem, como é o caso da eficiência econômica, produtiva ou alocativa, encontra resistência em dispositivos constitucionais, como o artigo 3º, incisos II e III, que tratam de dois objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o desenvolvimento e a redução da desigualdade social³⁴⁴. Apesar disso, é comum, na aplicação do antitruste, que se exclua qualquer conteúdo jurídico da definição de concorrência³⁴⁵.

³³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1098.

³⁴⁰ Orbach menciona que, para Bork, parte da confusão sobre os objetivos do antitruste decorre da ambiguidade da palavra concorrência, havendo ao menos cinco significados de concorrência que os tribunais antitruste americanos usaram: i) processo de rivalidade; ii) ausência de restrição sobre a pessoa, no desenvolvimento de suas atividades econômicas, causada por outra pessoa; iii) competição perfeita conforme definido em economia; iv) "indústrias e mercados fragmentados"; v) "qualquer estado de assuntos em que o bem-estar do consumidor não pode ser aumentado, movendo-se para uma situação alternativa através do decreto judicial (ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013, p. 2271-2272. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05. 2016).

³⁴¹ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 131.

³⁴² CARVALHO, Vinicius Marques. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

³⁴³ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 173.

³⁴⁴ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 173.

³⁴⁵ ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 173.

Conforme Salomão Filho³⁴⁶, o direito antitruste não pode continuar a ser visto como um direito unidimensional, voltado principalmente à discussão do elemento preço, pois uma visão jurídica do antitruste impõe a consideração de que a concorrência incide sobre outros elementos, como o respeito a normas ambientais, ainda que a Lei nº 12.529/11 tenha se omitido sobre o princípio constitucional da defesa do meio ambiente. O autor defende a redefinição da noção de concorrência com base em “valores sociais historicamente reconhecidos na ordem econômica”, dos quais se extrai a concepção de difusão e a eliminação do poder de mercado³⁴⁷. Segundo ele, a violação de tais normas cria um padrão de concorrência diverso para as empresas violadoras, as quais não respeitam as regras básicas do direito econômico³⁴⁸. Afirmar que existe concorrência efetiva entre as empresas que respeitam e as que não respeitam normas ambientais é duplamente perverso, pois propicia o domínio de mercado pelas empresas violadoras, em razão das vantagens concorrenciais obtidas mediante tal violação, fazendo com que triunfem no mercado, justamente, as empresas mais danosas à ordem econômica e à coletividade³⁴⁹.

De fato, as empresas que infringem normas ambientais podem reverter tal violação em vantagem concorrencial para si de variadas formas, conforme cada caso concreto, como, por exemplo: i) com a redução dos custos de produção, podendo praticar preços menores – até em níveis difíceis ou impossíveis de serem alcançados por seus concorrentes – ou dispor do valor “economizado” para emprego em novos ativos, no desenvolvimento de tecnologias, entre outras vantagens; ii) com o acesso a recurso ambiental inacessível a seus concorrentes, ou em quantidade maior do que os limites legais permitem, podendo reverter essa vantagem indevida em oferta mais abundante ou na melhora da qualidade de seus produtos ou dos preços, ou, ainda, na oferta de produto novo, inalcançável por aqueles que respeitam as normas ambientais; e iii) prejudicando ou inviabilizando a exploração de um recurso ambiental por seus concorrentes que respeitam as normas ambientais e por toda a sociedade, ao explorá-lo em desacordo com a lei ou de forma abusiva, tornando-o mais escasso, fazendo com que seu preço seja elevado. Tendo em vista o problema apresentado, Salomão Filho³⁵⁰ aponta a necessidade de que o controle de estruturas e de condutas inclua a compreensão do respeito às regras básicas

³⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 119-120.

³⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 61-63, 119-120.

³⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

³⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

³⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

do direito econômico, entre as quais, o cumprimento de normas legais, de forma a não se prestigiar a predação jurídica, consistente na diminuição de custos à base de infringência da lei.

Derani³⁵¹ comenta que, ao mesmo tempo que há uma permanente pressão da modernização e da eficiência tecnológica, que requerem cada vez maior apropriação da natureza e energia, exige-se uma adequação da prática econômica e da economia que privilegia a concorrência para a produção de valor, para que se voltem a finalidades mais abrangentes, relacionadas à qualidade de vida e ao bem-estar.

Nesse sentido, no presente trabalho, propomos a reinterpretação ou a ressignificação do conceito de concorrência no âmbito do antitruste, com a incorporação a tal conceito do fator ambiental, para que a análise antitruste esteja aberta à abordagem da questão ambiental. A defesa da livre concorrência fundada pela CF é a defesa de um ambiente concorrencial em que os agentes econômicos respeitem as normas ambientais, as quais integram as “regras básicas do jogo”, e que admite na análise antitruste os benefícios ambientais de operações e condutas. Uma análise antitruste que ignore esse necessário ponto de partida corre o risco de gerar distorções e desatender à sua finalidade imposta constitucionalmente. Esse tipo de distorção pode culminar, por exemplo, no reconhecimento de eficiência econômica em prol de uma empresa violadora contumaz da legislação ambiental, o que se mostra um paradoxo e uma afronta à ordem econômica constitucional e ao interesse da coletividade.

A defesa da livre concorrência instituída pela CF também implica a defesa de um ambiente concorrencial em que os agentes econômicos exerçam, de forma regular e sem abusos, o domínio sobre recursos ambientais. Além disso, deve considerar que a defesa do meio ambiente pressupõe um tratamento desigual de agentes econômicos em determinadas hipóteses, com objetivos específicos relacionados à proteção e à preservação ambiental. Nada menos que o artigo 170, inciso VI, da CF, determina que a defesa do meio ambiente seja realizada, inclusive, mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e dos serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Esse tratamento pode ter repercussão para a competitividade de tais agentes e o ambiente concorrencial em que desenvolvem suas atividades. Assim, a concorrência pretendida pela CF é a sustentável em termos ambientais.

³⁵¹ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXII.

Quanto ao conceito de eficiência, da mesma forma que o de concorrência, propomos que deve agregar o fator ambiental, alterando-se posicionamento prevalecente na doutrina e na jurisprudência, que o traduzem como bem-estar do consumidor e que o reduzem a uma questão de preço. Propomos a superação do conceito tradicional de eficiência utilizado no antitruste, econômica, paretiana, para admitir a consideração de eficiências ambientais e outras – como a diferenciação do produto em razão de atributos de sustentabilidade –, afastadas da análise antitruste por posicionamentos que rejeitam o que denominam de “conceitos alternativos” na aplicação do antitruste³⁵².

Esse método que se propõe superar, majoritariamente adotado no controle de condutas e estruturas em âmbito nacional, conforme se estudou com maior ênfase no subitem 1.1.3, encontra exemplo no julgado do ato de concentração nº 08700.010790/2015-41³⁵³, em que o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários, Financeiros e Empresas do Ramo Financeiro de Curitiba e Região interveio como terceiro interessado, com o objetivo de conseguir a manutenção do nível de empregos e que isso fosse compreendido como eficiência global da operação. Em seu voto³⁵⁴, o conselheiro relator manifestou que, além de a manutenção dos empregos não configurar uma preocupação concorrencial *stricto sensu*, tampouco se qualifica como uma espécie de possível eficiência da operação³⁵⁵. Esclareceu que nem toda eficiência, ganho ou sinergia, ou qualquer efeito positivo – como a geração de emprego ou a realização de investimento – traduzem-se assim, sob a ótica do antitruste, como redução de custos e otimização do processo produtivo. Segundo ele, interessam apenas as eficiências que, por meio das análises quantitativas tradicionais, mostram-se capazes de tornar possível o

³⁵² SANTACRUZ, Ruy. Caracterização da conduta anticompetitiva prevista no artigo 36. In: FARINA, Laércio et al. *A nova Lei do CADE*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 201.

³⁵³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco e HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo. Conselheiro Relator João Paulo de Resende. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 17.06.2016.

³⁵⁴ Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOmvhFFdj4WjgciS6cZD65H4-MXhBCpZVGFDyxoWR5AHuoZWsV4FrFCfTwp16ymzRzC0IgMWPUKShjh2xk2TB>. Acesso em 27.08.2017.

³⁵⁵ O Conselheiro argumentou que, apesar de ter havido casos em que o Cade admitiu compromissos de manutenção de empregos em ACC, entendia que tal compromisso deveria, diferentemente, ser assumido de forma unilateral pelas partes na proposição do acordo, e não por imposição do Cade.

repassa de benefícios decorrentes da operação aos consumidores finais, por meio da redução de preços ou da melhoria da prestação do serviço pelo mesmo preço³⁵⁶.

O critério que iguala eficiência a bem-estar do consumidor e este a uma questão de preço é reducionista em relação ao direcionamento constitucional e às interpretações possíveis para os elementos presentes no artigo 88, parágrafo 6º, da Lei nº 12.529/2011, como “eficiência”, “aumento da produtividade ou da competitividade”, “melhora da qualidade de bens ou serviços”, “desenvolvimento tecnológico ou econômico” e “benefícios” decorrentes da operação e que são passíveis de repasse aos consumidores. Como o faz em relação a outros objetivos, princípios e valores constitucionais, tal critério ignora o fator ambiental, o que, conforme analisado com maior ênfase nos itens 1.1.1 e 1.1.3, ocorre em um contexto de domínio da teoria econômica e subjugação do direito na análise antitruste.

O conceito de eficiência está, na verdade, sujeito a inúmeras interpretações, inclusive no âmbito da teoria econômica, em que seria dependente do conceito de vantagem, utilizado na aferição da existência de outro estado exequível mais vantajoso para todos³⁵⁷. O conceito de vantagem, por sua vez, pode relacionar-se a ponderações éticas, utilitaristas ou outras, e não necessariamente assume uma forma escalar, podendo ser representado por um vetor ou conjunto de elementos constitutivos³⁵⁸. Assim, eficiência não é um termo de definição unívoca, permitindo diversas interpretações a respeito de quais tipos de eficiências alocativas podem ser admitidas na análise antitruste, havendo, segundo Carvalho³⁵⁹, modelos diversos para exprimi-la: i) modelo de preços; ii) modelo baseado na satisfação do consumidor, o qual admite um aumento de preços em nome de melhor qualidade do produto, por exemplo, diferentemente do primeiro; iii) modelo baseado na satisfação geral da sociedade, o qual admite aumento de preço e redução do bem-estar do consumidor em nome do aumento de bem-estar de produtores; e iv)

³⁵⁶ Esse julgado reproduz critério de análise de eficiência adotado como parâmetro em precedente do Cade (ato de concentração nº 08012.004423/2009-18, Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo), em que se definiu que, para ser considerada passível de anular prováveis aumentos de preço em decorrência da concentração, a eficiência precisa atender, cumulativamente, aos seguintes critérios: ser quantificável; ser demonstrável e não puramente especulativa; ser intrínseca e específica da operação em análise; não ser mera transferência de renda entre agentes; estar relacionada aos custos variáveis da empresa; e poder ser atingida em até dois anos.

³⁵⁷ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 64, nota de rodapé 18.

³⁵⁸ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 64, nota de rodapé 18.

³⁵⁹ CARVALHO, Vinícius Marques. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50-52.

modelo de satisfação ponderada, o qual considera o bem-estar dos produtores e dos consumidores, com ênfase os últimos.

É importante a compreensão de que não se extrai da CF que um avanço tecnológico, perfeitamente caracterizado como eficiência intrínseca de uma operação, do qual decorra a produção de um veículo automotor mais veloz ou confortável a ser ofertado pelo mesmo preço ou por preço inferior ao consumidor, interesse mais à coletividade do que o desenvolvimento de tecnologia limpa³⁶⁰, facilitada pela união de capital e *expertise* de duas empresas, por meio de um ato de concentração – a despeito, inclusive, de essa eficiência poder ser alcançada de outra forma que não pela concentração –, e disso decorra a oferta de novo produto com valor superior ao do modelo antigo e mais poluente.

A eficiência ambiental pode materializar-se de diversas formas no processo de produção ou de desenvolvimento de uma atividade econômica, como: redução do uso de recursos ambientais (eficiência dos recursos), da produção de resíduos, do lixo, do desperdício de insumos e outros materiais e da emissão de carbono (eficiência energética); reciclagem de materiais; desenvolvimento de produtos mais amigáveis ambientalmente; e reutilização excedentária diante da superprodução e do consumo excessivo. Da redução do uso de matérias-primas podem decorrer uma maior eficiência ambiental e econômica; a criação de oportunidades de negócios com a inovação tecnológica, ajudando a aumentar a competitividade da empresa³⁶¹; e benefícios econômicos e ambientais de longo prazo, em razão do uso de materiais de forma mais eficiente e limpa. Tecnologias ambientalmente amigáveis³⁶² podem ser aplicadas para reduzir: ineficiências operacionais, emissão de contaminantes ambientais,

³⁶⁰ Nusdeo expõe a relevância da tecnologia para a intersecção entre os sistemas econômico e ecológico, mas lança questões como: o processo tecnológico também não estaria sujeito à lei dos rendimentos marginais decrescentes? Tal processo acompanhará o nível do uso de recursos naturais demandado pelo homem? O autor conclui serem necessários mecanismos de caráter institucional que forcem as unidades decisórias a considerar o fator ambiental (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 309).

³⁶¹ A sustentabilidade é fator que vem sendo observado pelos agentes privados, se não em virtude da consciência da responsabilidade socioambiental que possuem, como forma de evitar ou amenizar a exposição a riscos ambientais e de dano à imagem, bem como para um adequado enquadramento e seleção para índices de sustentabilidade de bolsas de valores em todo o mundo (cita-se: o *Dow Jones Sustainability Index* – DJSI, da bolsa americana, e, no Brasil, o Índice de Sustentabilidade de Empresas – ISE) e para a conquista do “novo” consumidor, mais consciente sobre a preservação do meio ambiente.

³⁶² O Pacto Global das Nações Unidas trata de tecnologias ambientalmente amigáveis (ou saudáveis) como aquelas que protegem o meio ambiente, são menos poluentes, usam todos os recursos de forma mais sustentável, reciclam mais seus resíduos e produtos e procedem com seus resíduos restantes de maneira mais aceitável do que tecnologias para as quais eram substitutos, incluindo processos de produção mais limpa e tecnologias de prevenção da poluição, de fim de curso e monitoramento. Informação disponível em: <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-9>>. Acesso em 16.11.2017.

exposição dos trabalhadores a materiais perigosos, riscos de desastres ambientais e impactos nos animais e no ambiente natural.

Essas formas de materialização das eficiências ambientais podem ser classificadas em um ou mais tópicos do já mencionado artigo 88, parágrafo 6º, da Lei nº 12.529/2011: “aumento da produtividade ou da competitividade”, “melhora da qualidade de bens ou serviços” e “desenvolvimento tecnológico ou econômico”. Além disso, algumas eficiências ambientais preenchem todos os requisitos tradicionalmente exigidos para serem consideradas pela análise antitruste: têm aspectos quantificáveis a partir das teorias e dos métodos da economia ecológica e ambiental³⁶³, são específicas e intrínsecas à operação submetida, não constituem mera transferência de renda entre agentes, são relacionadas a custos variáveis³⁶⁴ da empresa por conta do envolvimento de matéria-prima ou da emissão de poluição, podem ser atingidas em até dois anos, e relacionam-se à redução de custos ou à otimização de processos produtivos com a geração de benefícios apropriados pelo consumidor final por meio da redução de preços, da melhoria da prestação do serviço pelo mesmo preço, ou da melhoria da qualidade de vida.

No entanto, mais uma vez registra-se que, de acordo com as conclusões tidas nos subitens anteriores, ainda que a eficiência ambiental, eventualmente, adquira forma tal que se entenda passível de mensuração econômica e preencha os requisitos exigidos pelo Cade para a admissão de eficiências, assim como Derani³⁶⁵ e outros, concluímos, neste trabalho, pela inadequação do tratamento da questão ambiental em termos utilitaristas e

³⁶³ Conforme Derani, “a economia ambiental tem como foco de preocupação os ‘efeitos externos’, e procura fixar o emprego da ‘monetização’ para responder à questão do uso de recursos renováveis e não renováveis. O ideal estaria em que cada fração de recurso natural utilizado obtivesse um preço no mercado. [...] Então, a fim de se *equacionar o problema da escassez dos recursos naturais e da melhoria da qualidade de vida, mantendo o processo produtivo*, procura a economia ambiental incorporar ao mercado o meio ambiente, adotando a teoria da *extensão* do mercado (atribuição de preços) patrocinada por Ronald Coase. Somando-se a isto, busca a economia ambiental outro teórico, Arthur C. Pigou, adotando a via da *correção* do mercado, ou seja, apostando na revalorização das preferências individuais por intermédio do Estado. A preocupação central é a internalização das externalidades ambientais, visando ao ‘uso racional dos recursos naturais’”, raciocínio esse criticado pela autora (DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 90-93). Como afirma Torre-Schaub, a internalização dos custos ambientais para os poluidores continua a ser um processo crítico, mesmo porque, tem efeitos sobre a situação concorrencial no mercado, podendo acarretar repasse ao consumidor – na forma de preço do produto – de eventuais custos gerados (TORRE-SCHAUB, Marta. *Economics and Environmental Law: dealing with competition law and environmental principles in the European Union context*. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/TorreSchaubForum.pdf>. Acesso em 04.02.2018.)

³⁶⁴ São aqueles que estão intimamente ligados às quantidades produzidas ou vendidas, isto é, crescem com o aumento do nível de atividade da empresa; assim, esses custos aumentam ou diminuem de acordo com a quantidade produzida ou vendida.

³⁶⁵ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 90-93.

consequencialistas, que ignoram a sua complexidade e a esvaziam de seu conteúdo ético, extraeconômico e interligado diretamente ao bem maior da vida³⁶⁶. A autora critica essa visão que se traveste em conceitos ambíguos como “uso racional dos recursos naturais”, afirmando que a economia ambiental se preocupa apenas com a obtenção do máximo de utilidade econômica privada que se pode extrair da natureza, “buscando integrar o meio ambiente na economia de mercado. Esta procura naufraga, porque a complexidade dos aspectos ecológicos neste processo não chega a ser considerada”.

Assim, para além da incorporação da questão ambiental na análise antitruste em uma moldura econômica, que a faz refém de um processo contestável de mensuração econômica de bens e valores ambientais, a orientação constitucional aponta para sua incorporação como princípio constitucional e valor que influencia a coletividade, os consumidores e as empresas. Na medida em que o comportamento humano é influenciado, além de por normas, por valores, na análise de questões de eficiência, a consideração dos valores ambientais é crucial, respeitada a mutabilidade de normas e prioridades que emergem desses valores e das afirmações sociais³⁶⁷.

Como se aprofundará no capítulo 3, casos mais recentes analisados pela Comissão Europeia (*European Commission*)³⁶⁸ permitem concluir que suas decisões vêm considerando

³⁶⁶ Importante registrar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental e, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, as normas que o definem têm aplicação imediata. Além disso, tal direito está intrinsecamente ligado ao direito humano primeiro, à vida, que tem prevalência máxima sobre qualquer outro, o que se extrai do artigo 4º, inciso II, da CF. Essas disposições confirmam a relevância do direito e do dever de todos relativamente à preservação do meio ambiente.

³⁶⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 356-357, 361.

³⁶⁸ Sucintamente, o sistema de defesa da concorrência no âmbito da UE conta, em um primeiro nível (ou instância), com a Comissão Europeia, responsável por garantir a correta aplicação da legislação europeia em matéria concorrencial, supervisionando e, se necessário, impedindo acordos anticoncorrenciais, abusos de posição dominante nos mercados, fusões e aquisições e auxílios estatais. A Comissão executa a política de concorrência e as normas concorrenciais da UE em casos de interesse da comunidade europeia, como quando envolvido mais de um Estado-membro. A instância recursal é o Tribunal Geral – que é uma das duas jurisdições integrantes do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE (*European Court of Justice*) –, que aprecia os recursos interpostos contra as decisões da Comissão. Paralelamente à atuação da Comissão e do Tribunal Geral, no âmbito de cada Estado-membro, atuam as autoridades nacionais da concorrência, as quais podem aplicar e fazer cumprir, inclusive, os artigos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O Parlamento Europeu, por sua vez, é responsável pela elaboração da política de concorrência, tratando também de diversos temas que com essa relacionam-se, como interesses econômicos e bem-estar dos consumidores, políticas econômicas da UE, inclusive sobre auxílios estatais às empresas, dentre outros. Juntamente com o Conselho da UE, o Parlamento aprova a legislação europeia sobre concorrência e proteção dos consumidores. Informações disponíveis, entre outras fontes, em: <http://ec.europa.eu/competition/consumers/how/index_pt.html>; <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_pt>; <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt>; <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/pt/>; <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/council-eu_pt>; <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-parliament_pt>. Acesso em 08.10.2017

interesses ambientais como a melhoria das condições do meio ambiente³⁶⁹, como benefício à sociedade e não apenas aos consumidores, e têm considerado o aspecto ambiental relevante o suficiente para garantir, em alguns casos, a isenção antitruste de acordos entre empresas, ainda que deles decorram efeitos anticoncorrenciais. Há anos a consideração de benefícios ambientais decorrentes de acordos é uma realidade no âmbito das decisões da Comissão, ainda que sofra críticas no sentido de que contrariaria normas comunitárias em relação às quais uma possível interpretação seria a de que admitem apenas eficiências econômicas na análise antitruste³⁷⁰.

Quanto ao conceito de bem-estar do consumidor, Salomão Filho³⁷¹ critica o fato de ser indevidamente restringido por interpretação do antitruste que trata o consumidor como um ser unidimensional, cujo único interesse, mensurável em termos econômicos, é o preço dos bens³⁷². Para o autor, trata-se de visão simplista, pois a definição de “interesse do consumidor” é sofisticada e abrange a preservação do meio ambiente. De fato, a noção do *homo economicus*³⁷³ não é apta a explicar comportamentos movidos por propósitos como a justiça³⁷⁴, os quais, aliás, não deixam de ser racionais também³⁷⁵, ao contrário da noção de racionalidade disseminada

³⁶⁹ Torre-Schaub afirma, contudo, que as decisões da Comissão Europeia tendem a fazer prevalecer a lei da concorrência em desfavor dos interesses ambientais, enquanto que o TJUE, ao contrário, seria mais propenso a defesa ambiental, que considera de interesse público e geral (TORRE-SCHAUB, Marta. *Economics and Environmental Law: dealing with competition law and environmental principles in the European Union context*. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/TorreSchaubForum.pdf>. Acesso em 04.02.2018).

³⁷⁰ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Direito concorrencial europeu*. Leme: J.H. Mizuno, 2008. p. 152-154.

³⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3-4, 41, 119-120.

³⁷² Ao comentar o modelo econômico derivado do axioma da “lei da procura”, segundo o qual a quantidade procurada de um dado bem varia inversamente ao seu preço, Nusdeo afirma tratar-se de uma “simplificação drástica da realidade”, pois é notório que a procura por um bem não depende apenas de seu preço, mas de diversas variáveis não contempladas no modelo, inclusive do componente sociocultural (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 65-68). A isso acrescentamos a tendência pela procura de produtos com atributos sustentáveis, conforme se desenvolverá a seguir.

³⁷³ Definido como um ser que faz avaliações e escolhas racionais que o direcionam para a maximização da utilidade enquanto consumidor, e para o lucro econômico, quando na condição de produtor. Ou, nas lições de Thaler, como ser cujas escolhas não são influenciadas pela emoção e que não está sujeito a falhas de raciocínio, memória, apresentando um comportamento estático e repetitivo mesmo diante da dinamicidade e da heterogeneidade do mundo (THALER, Richard H. From Homo Economicus to Homo Sapiens. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n. 1, Winter 2000, p. 133-141. Disponível em: <<https://faculty.chicagobooth.edu/richard.thaler/research/pdf/homo.pdf>>. Acesso em 24.08.2017). Para Sen, a ideologia que parte do *homo economicus* como pressuposto reflete a degradação cultural de uma sociedade, a ausência de consideração de valores éticos (SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 326).

³⁷⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 80, 85, 90, 92-95, 101.

³⁷⁵ Conforme a moderna teoria da escolha social, baseada nos trabalhos de Amartya Sen, o qual criticou a economia do bem-estar de inspiração paretiana, notadamente quanto ao racionalismo e à separação entre economia e ética (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 55). Sen afirma que “os desafios ambientais, quando compreendidos adequadamente, suscitam algumas das questões centrais de escolha

pela teoria econômica tradicional³⁷⁶. Tais comportamentos, como o ecológico ou ambientalmente responsável, que contribui para a proteção do meio ambiente ou para a minimização do impacto ambiental de atividades, são permeados de aspectos como a ética, relacionada a exigências sociais e fundamentada principalmente nos princípios da sustentabilidade e da qualidade de vida, e a motivação, que leva o indivíduo a agir em defesa do meio ambiente ou de forma a evitar prejudicá-lo³⁷⁷.

Sen³⁷⁸ alerta para o quão podem mostrar-se equivocados os pressupostos da teoria econômica tradicional para a estrutura do “comportamento autointeressado”³⁷⁹, segundo os quais as pessoas maximizariam a função de utilidade, que dependeria somente de seu próprio consumo e determinaria suas escolhas. Segundo o autor, considerações éticas podem induzir à maximização de outros objetivos que não o bem-estar da própria pessoa, ou a estabelecer seu bem-estar em objeto diverso do consumo. O critério da otimalidade de Pareto seria extremamente limitado para fins de avaliar a realização social, por depender de um equilíbrio perfeitamente competitivo que não existe e por ser desprovido de qualquer conteúdo ético.

Mesmo Orbach³⁸⁰ afirma que o maior paradoxo do antitruste diz respeito ao conceito de bem-estar do consumidor, que provocaria controvérsias em razão de sua imprecisão e abstração, e que não se harmonizaria com a metodologia do antitruste nem teria significado aceito em seu âmbito, não podendo ser entendido como excedente do consumidor³⁸¹ para fins técnicos da economia. Apesar disso, ainda vigeria posicionamento no sentido de que bem-estar econômico

social e política deliberativa” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 415).

³⁷⁶ Com uma outra perspectiva sobre a questão, porém alinhada com as de Sen e Salomão Filho, Souza aborda o conceito de economicidade, que, sucintamente, é a vantagem liberada do sentido tradicional de rentabilidade econômica e lucro materialmente traduzido (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 297-310).

³⁷⁷ PATO, Claudia Marcia Lyra; CAMPOS, Camila Bolzan de. Comportamento ecológico. In: CAVALCANTE, Sylvia; ELALI, Gleice A. (org.). *Temas básicos em psicologia ambiental*. Edição digital. Petrópolis: Vozes, 2017.

³⁷⁸ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 51, 96-97.

³⁷⁹ Segundo Sen, as características desse comportamento são o bem-estar autocentrado, dependente de seu próprio consumo, os objetivos limitados ao próprio bem-estar e a escolha orientada para o próprio objetivo.

³⁸⁰ ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, 2013. p. 2255-2256, 2275-2277. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016. Segundo o autor, a intenção legislativa do *Sherman Act* não foi estabelecer o bem-estar do consumidor como fim do antitruste.

³⁸¹ Excedente do consumidor refere-se ao valor, acima do quanto foi efetivamente pago pelo consumidor, que ele estaria disposto a pagar pelo consumo de uma unidade de produto (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 99).

e social é um conceito fundamentalmente econômico, não sendo passível de interpretação, pois do contrário a intervenção antitruste seria imprevisível³⁸².

No ordenamento jurídico brasileiro, a defesa do consumidor, como princípio norteador da ordem econômica e citado na Lei nº 12.529/2011, abrange seu interesse pelo respeito às normas ambientais no desenvolvimento de atividades econômicas, o qual é intrinsecamente relacionado ao bem maior da vida, à saúde e à existência digna. Esse interesse é confirmado pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), ao proteger o consumidor da publicidade que desrespeite valores ambientais e ao dispor serem nulas cláusulas contratuais que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais³⁸³. O CDC dispõe que a Política Nacional das Relações de Consumo tem como princípio a harmonização dos interesses dos participantes dessas relações e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios e valores nos quais se funda a ordem econômica³⁸⁴. As defesas do meio ambiente e do consumidor confluem no conceito de consumo sustentável e têm base constitucional comum, pois são princípios da ordem econômica que funcionam como limites à livre iniciativa e têm os mesmos pressupostos de legitimidade: a qualidade de vida e a dignidade humana³⁸⁵.

³⁸² Nesse sentido: SANTACRUZ, Ruy. Caracterização da conduta anticompetitiva prevista no artigo 36. In: FARINA, Laércio et al. *A nova Lei do CADE*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 195.

³⁸³ Conforme artigos 37, parágrafo 2º, e 51, inciso XIV, que preveem, respectivamente: “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”; “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; [...]”.

³⁸⁴ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...]”.

³⁸⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74-76.

Assim, é plausível falar em “bem-estar ambiental”³⁸⁶. Aliás, Stucke³⁸⁷ observa que, conforme a OCDE, o conceito de bem-estar é multifacetado, englobando desde a renda, a moradia e o emprego, até a qualidade ambiental, e que o atingimento do bem-estar implica o enfrentamento de desafios políticos como o combate à desigualdade e o ambiental.

A definição de interesse e bem-estar do consumidor no âmbito da análise antitruste em cada caso concreto, contudo, é bastante complexa, ainda que os princípios da ordem econômica constitucional e as demandas sociais orientem essa definição. Em ato de concentração³⁸⁸ em que celebrado acordo em controle de concentrações (ACC), o Cade, antes da homologação de tal acordo, consultou a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) para saber seu entendimento sobre se estaria em descompasso com a legislação consumerista a utilização de determinado modelo de formulário a ser submetido a clientes de instituições financeiras requerentes daquele ato, consistente na criação de joint venture para atuação no mercado relevante de bureau de crédito. Conforme consta do voto do relator³⁸⁹, foram realizadas reuniões com a Senacon para discussão da matéria. De acordo com o parecer exarado pela referida Secretaria³⁹⁰, cabe-lhe receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas de pessoas jurídicas de direito público sobre temas relacionados à proteção e à defesa do consumidor³⁹¹, e a formação e a atuação de bureau de crédito “perfaz, sem sombra de dúvida, temática de clara relevância no âmbito da Política Nacional das Relações de Consumo”. Por essa razão, segundo a Senacon, sua análise do caso mostrava-se “absolutamente pertinente” e importava na medida

³⁸⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações). Trabalho apresentado no 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Silvia (coords.). *Direito Ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p. 283.

³⁸⁷ STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*. v. 53, 2012. p. 599-602. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3215&context=bclr>>. Acesso em 18.06.2015.

³⁸⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.A., Banco Santander e outros. Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 09.11.2016.

³⁸⁹ Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNEZwuGpGZBtR7XIh-p0dBbbqLjJXoVU7K8Ai_FZsY5y9dx_QYxUt_RYRgkeVJe_TsThg5ULxX7wx6ak8DqIZrz>. Acesso em: 10.10.2017.

³⁹⁰ Parecer da Senacon disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM4tkyWNxnOt287tXJ2EpfX8DZuGlPd6Lfu6g4One1zLp6VUYPBavOP3Cl1pcsJ Dvc12ypevXZ1ZNY66XyyTCVS>. Acesso em 03.05.2017.

³⁹¹ Conforme artigo 106, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.078/90.

em que “é com base no crédito que se expande o acesso ao mercado de consumo”, ainda que a Secretaria não fosse competente para a análise de atos de concentração especificamente.

O caso citado comprova a necessidade de diálogo interinstitucional entre entidades e órgãos da Administração e entre esses e o setor privado, com a finalidade de que haja uma correta avaliação das demandas antitruste e das relativas a outras políticas públicas que aflorem no caso concreto analisado pelo Cade. Ao mesmo tempo, o exemplo mencionado contribui para contra-argumentar hipótese rival da adotada neste trabalho, segundo a qual o órgão antitruste não teria competência e atribuições para a abordagem de temas relacionados a outras políticas públicas que não a antitruste ou de temas afetos a atividades e setores regulados³⁹², pois isso geraria sobreposição em relação à competência de órgãos e entidades da Administração. Afinal, evidencia-se ser intrínseca ao antitruste a necessidade de reflexão sobre elementos como os interesses do consumidor, o que pode demandar que se adentre matéria consumerista, ambiental ou de outras ordens, cabendo ao Cade, sempre que necessário, requerer a cooperação de órgãos e entidades públicas e privadas para que contribuam com sua expertise ou visão do assunto. Não há, com isso, invasão de competência, sobreposição de atribuições ou intromissão em matéria destinada exclusivamente à regulação³⁹³, pois o Cade permanece exatamente aplicando a lei antitruste no âmbito de sua competência para a defesa da concorrência e considerada a finalidade de promoção da justiça social. Há apenas a imprescindível atuação coexistente, concorrente ou complementar, mediante cooperação ou coordenação entre entidades e órgãos

³⁹² Gonçalves, por exemplo, ao tratar da recusa de acesso a bem essencial em setores regulados, afirma ser subsidiária, em relação à regulação, a aplicação do antitruste, que ocorre quando a regulação for ausente ou deficiente, e que quando há regulação sobre determinada matéria, “o espaço de atuação das autoridades de defesa da concorrência fica sensivelmente limitado” (GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 276-285). A autora, contudo, ressalta – e cita precedentes do Cade no mesmo sentido, como o voto do Conselheiro Relator Marcelo Calliari no julgamento do processo administrativo nº 08000.021660/1996-05 – que o Cade deve atuar quando o órgão regulador não estabelece regulamento suficiente, inclusive deixando de levar em conta aspectos concorrenciais, ou não supervisiona adequadamente a observância e a aplicação do regulamento, permitindo a ocorrência de falha de mercado (op. cit., p. 281-282).

³⁹³ A regulação se voltaria, tradicionalmente, a substituir mecanismos de mercado em razão de falhas de mercado insuperáveis e incidiria *a priori*, enquanto que a concorrência visaria, prioritariamente, preservar os mecanismos já existentes, incidindo *a posteriori*. Há, contudo, uma convergência crescente entre as áreas, mesmo porque grande parte dos ilícitos antitruste está associada a falhas de regulação. A “divisão” de trabalho entre as autoridades de defesa da concorrência e de regulação depende, também, da configuração institucional que se adota em cada jurisdição antitruste e setor (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 137-142). Ainda que se defenda, como os autores (op. cit., p. 139), que a defesa do meio ambiente seria um objetivo da regulação, e não do antitruste, conforme se desenvolve neste trabalho, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um valor a ser considerado na análise antitruste, seja em razão do princípio da função social da propriedade, seja em virtude do bem-estar do consumidor e da coletividade.

da Administração para viabilizar a realização de objetivos da República Federativa do Brasil e a implementação de políticas públicas, muitas vezes multidisciplinares e interconectadas.

Questiona-se, neste trabalho, entendimentos correntes como, por exemplo, o de que determinados níveis de diversidade e abundância de produtos e serviços seja fator que compõem melhor o sentido de interesse e bem-estar do consumidor do que aspectos de sustentabilidade. Afinal, a diversidade e a abundância, conforme o caso, podem ser voltadas à mera satisfação de luxo ou potencialização do consumismo, enquanto atributos de sustentabilidade podem gerar um consumo mais responsável, com repercussão para toda a sociedade. Ou, ainda, como alerta Dowbor³⁹⁴, nem um maior número de empresas, nem a criação de novas tecnologias significam, necessariamente, benefícios ao consumidor, se falta informação e a qualidade dos produtos e serviços é ruim – resultando em uma liberdade de escolher mal – e considerando-se um quadro em que cada vez mais são repassadas ao consumidor “tarefas” relacionadas ao produto/serviço, inclusive com a cobrança de tarifas por isso. Furtado³⁹⁵ aponta que a exacerbação da competitividade também se relaciona à hipertrofia da inovação de produtos, alimentando o consumismo, que, em última análise, leva ao aumento do poder do capital e à concentração de renda e, acrescentamos, ao esgotamento dos recursos naturais. A “lógica dos mercados” e o tipo de sociedade que estimula as pessoas à acumulação, além de reproduzir desigualdades, geram impactos nos ecossistemas³⁹⁶.

Assim, a questão deve ser analisada também pelo viés da responsabilidade ambiental do consumidor, relacionada à cidadania ambiental e a obrigações éticas que vinculam a sociedade no uso de recursos naturais³⁹⁷. A consideração dessa responsabilidade é imprescindível, tendo em vista que o consumidor pode realizar escolhas descomprometidas, ser movido por interesses egoísticos e comportar-se de forma autointeressada, recusando-se a adotar voluntariamente condutas mais responsáveis em relação ao meio ambiente. É possível que, questionado, o consumidor afirme preferir uma maior diversidade, a inovação tecnológica constante ou a

³⁹⁴ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 64-77.

³⁹⁵ FURTADO, Celso. *O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 14.

³⁹⁶ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 30.

³⁹⁷ CORIOLANO, Caroline Pires; AZEVEDO, Kerley Mara Barros Câmara de Azevedo; ALVES, Isabella Faustino. O papel da cidadania ambiental na efetividade da tutela jurídica ao meio ambiente. Trabalho apresentado no 14º Congresso Internacional de Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e et al (coords.). *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 522-524.

melhora na qualidade de produtos ou serviços, ainda que às custas de maior exploração de recursos naturais ou em vez de uma produção mais sustentável, o que por vezes pode implicar o encarecimento do produto. O interesse imediatista do consumidor, contudo, deve ser ponderado, uma vez que há o interesse da coletividade em um desenvolvimento que seja ambientalmente sustentável. Ademais, a degradação ambiental não é causada apenas pelo desenvolvimento não sustentável, mas pelo consumo não sustentável³⁹⁸, o que aponta para a necessidade de o consumidor contribuir de forma responsável para a reversão desse quadro.

O interesse do consumidor na proteção e preservação ambiental e na sustentabilidade, todavia, vem se evidenciando cada vez mais por meio de demandas oriundas de consumidores e associações em sua defesa³⁹⁹, que, ao redor do mundo, reivindicam um comportamento sustentável por parte das empresas⁴⁰⁰. São inúmeras as pesquisas que demonstram esse interesse

³⁹⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 69.

³⁹⁹ De acordo com notícia veiculada em 14.06.2016 no site da PROTESTE – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, mais de 60 entidades da sociedade civil e ativistas lançaram um manifesto repudiando o Projeto de Lei nº 1.013/2011, contrárias à liberação da fabricação e da venda de veículos leves movidos a óleo diesel no Brasil, por considerarem que atenta contra o meio ambiente, ao ampliar o uso do combustível automobilístico mais poluente, além de incentivar o uso do transporte individual. A PROTESTE defendeu que as restrições à fabricação de carros a diesel devem ser mantidas, para evitar agravamento de problemas de qualidade do ar, impactos nocivos à saúde humana e aumento das emissões de poluentes climáticos (Informação disponível em: <<https://www.proteste.org.br/carros-e-mobilidade/mobilidade-urbana/noticia/proteste-apoia-manifesto-contraprojeto-de-lei-que-libera-carros-de-passeio-a-oleo-diesel-no-brasil>>. Acesso em 01.10.2017). A PROTESTE também noticiou em seu site, em 08.03.2016, ter constatado que empresas se utilizam de marketing verde enganoso com falsos apelos ecológicos em seus produtos, de forma a ludibriar e conquistar consumidores, convencendo-os de que adotam práticas ambientais ou quanto aos seus benefícios ambientais. A associação requereu providências ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), o qual teria instaurado processo ético em seis dos casos (Informação disponível em: <<https://www.proteste.org.br/seus-direitos/direito-do-consumidor/noticia/proteste-pede-providencias-ao-conar-sobre-produtos-que-fazem-falsos-apelos-ecologicos-na-embalagem>>. Acesso em 01.10.2017).

⁴⁰⁰ MW Gehring, 2003, *Sustainable Competition Law*, presented at the fifth session of the Ministerial Conference of the World Trade Organization, Cancun, Mexico, 10–14 September. Nos Estados Unidos da América, mais de 50 milhões de consumidores adquirem produtos de empresas “éticas”, a cujos produtos relaciona-se uma imagem de saúde e preservação ambiental. Tal escolha por um consumo responsável refletiria valores culturais e exigências éticas (SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 315, 366). A preocupação ambiental do consumidor e sua intenção em adquirir produtos ambientalmente adequados são apontadas em diversos trabalhos (cita-se: GRIMMER, Martin. Company Environmental Performance and Consumer Purchase Intentions. *Journal of Business Research* 66 (2013) 1945-1953), sendo objeto de estudo não apenas pelo direito, mas pela economia, psicologia, administração e por outras áreas. Em pesquisa realizada em 2015 pela Millward Brown, em parceria com a empresa Tetra Pak, que atua no mercado de envase de alimentos, foram entrevistados mais de 6.044 consumidores e 241 partes interessadas da indústria de alimentos em 12 países (Brasil, China, França, Alemanha, Japão, Índia, Rússia, África do Sul, Suécia, Turquia, Reino Unido e EUA). A pesquisa aponta que o meio ambiente é cada vez mais importante nas decisões de compra do consumidor. Para a pergunta sobre quais aspectos representariam barreira à aquisição de produtos ambientalmente saudáveis, entre outras opções de resposta, 44% dos entrevistados respondeu que era o preço maior em comparação com produtos padrão; 33%, a falta desses produtos; e 31%, a falta de consciência sobre a distinção entre esses produtos e os produtos padrão. Mas a pesquisa indica que essas barreiras estão diminuindo, inclusive o preço, como reflexo da redução dos custos de produção, com a maior disponibilidade de materiais e o

do consumidor⁴⁰¹, a percepção das empresas a respeito e o direcionamento empresarial no sentido de práticas e políticas relacionadas à sustentabilidade e à proteção e à preservação ambiental⁴⁰². Além disso, órgãos voltados à defesa da concorrência e do consumidor têm

desenvolvimento de tecnologia para produzir com menor impacto ambiental. A pesquisa revelou também que: 70% dos entrevistados já havia adquirido produtos ecológicos, mesmo com preços maiores, e procura informações ambientais nos rótulos das embalagens; 66% já evitaram marcas ou itens específicos por preocupações ambientais; 77% afirmam que o desempenho ambiental das embalagens tem influência sobre a marca da bebida que compram; e 44% dos entrevistados brasileiros afirmam que procuram nas embalagens de bebidas informações sobre se o produto é ambientalmente correto (Informação disponível em: <<http://www.ecobrasilia.com.br/2015/07/21/meio-ambiente-e-fator-cada-vez-mais-importante-nas-decisoes-de-compra-dos-consumidores/>>. Acesso em 20.01.2018. Resultado da pesquisa *Environment Research 2015 – Summary Report Millward Brown for Tetra Pak – July 2015* disponível em: <<http://tpcomprod.blob.core.windows.net/static/br/documents/environment-research-2015-summary.pdf>>. Acesso em 20.01.2018).

⁴⁰¹ Pesquisa elaborada pelo IBOPE, em conjunto com o Departamento do Agronegócio (Deagro) da Fiesp, revelou o perfil do consumo brasileiro de alimentos e bebidas, destacando que o consumidor não necessariamente prioriza o fator preço (tal fator é decisivo para 28% das pessoas), diz-se familiarizado com o termo “sustentabilidade” e está disposto a comprar produtos que seguem a prática responsável mesmo por preços mais elevados (80% deles) (Informação disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/consumidor-brasileiro-busca-alimentos-praticos-e-rapidos-aponta-pesquisa-da-fiesp-e-ibope/>>. Acesso em 11.11.2017). Em pesquisa realizada em conjunto pelo Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS) e pela Agência Global Havas, com base em dados coletados em 2015, investigaram-se os critérios adotados na tomada de decisão do consumidor brasileiro, tendo o resultado indicado que a questão da sustentabilidade, ligada à da energia, concentra 44% da preocupação das pessoas, e as questões da mudança climática e da destruição ambiental alcançam o percentual de 57%. Além disso, 86% dos entrevistados acreditam que os negócios mais bem-sucedidos no futuro serão os que incorporam as questões de sustentabilidade. De acordo com análise realizada pela gerente do CEBDS, o resultado evidencia a percepção do brasileiro de que produtos mais ambientalmente corretos e sustentáveis são mais caros que os que não têm essa qualidade. Ao mesmo tempo, 80% da população afirmam que estariam dispostos a pagar um pouco mais por produtos mais sustentáveis (Informação disponível em: <<http://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2015-07/brasileiro-esta-mais-consciente-na-hora-de-consumir-superando-media-mundial-ap>>. Acesso em 11.11.2017). Em pesquisa realizada pelo Mundo do Marketing, em parceria com a Opinião Box e a Dia Comunicação, o resultado revelou que mais de 50% dos brasileiros preferem marcas engajadas com a sustentabilidade e, para contribuir com a diminuição dos prejuízos ambientais, o consumidor está disposto a restringir suas compras de bens supérfluos e, assim, reduzir o uso de recursos naturais (*Sustentabilidade: impactos ambientais tornam consumidor mais exigente*. Disponível em: <<https://www.mundodomarketing.com.br/reportagens/pesquisa/32789/sustentabilidade-impactos-ambientais-tornam-consumidor-mais-exigente.html>>. Acesso em 20.01.2018).

⁴⁰² Em pesquisa realizada pelo IBOPE entre agosto e setembro de 2011, cujo objetivo geral foi identificar políticas e programas de ações afirmativas relacionadas à sustentabilidade junto a empresas brasileiras e multinacionais que atuam no Brasil, em resposta à pergunta sobre quais os motivos que levaram a empresa a adotar um Plano Estratégico de Sustentabilidade, foram citados, entre outros motivos apontados em percentual menor: atender às expectativas de clientes e/ou consumidores (91%); agregar valor à marca e à imagem da empresa (91%); antecipar-se às mudanças da mentalidade no mercado (90%); acompanhar tendências do mercado referente ao tema (84%); atender às expectativas da sociedade civil organizada (associações e ONGs) (82%); atender às expectativas dos meios de comunicação e formadores de opinião (65%). Em comparação com pesquisa realizada no ano de 2007, o IBOPE aponta que, no entendimento das empresas respondentes, houve perda de importância da relação entre custo e benefício como critério dos consumidores, enquanto cresceu a valorização da sustentabilidade de forma mais ampla: mais empresas entendem que os consumidores procurarão comprar marcas de organizações socialmente responsáveis; maior número de empresas discorda de que os programas sociais ou ecológicos terão pouca importância; mais empresas preveem que os consumidores estarão dispostos a pagar mais por produtos que não agredam o meio ambiente. O IBOPE concluiu que o desenvolvimento das empresas em relação à sustentabilidade é, na maior parte das vezes, motivado por aspectos externos, como demandas de clientes e da sociedade civil, e, nesse contexto, as práticas de sustentabilidade são cada vez mais valorizadas pelos consumidores. O universo da pesquisa foi composto por médias e grandes empresas brasileiras e multinacionais atuantes no Brasil, nos ramos da indústria, da construção civil, do comércio, de serviços e da administração pública. Sobre amostra e margem, o IBOPE indicou que foram 400 entrevistas, que o intervalo de confiança é de 95% e a margem de erro máxima estimada é de 5,5 pontos percentuais para mais ou para menos sobre os resultados

reconhecido esse interesse do consumidor e a necessidade de protegê-lo de marketing ambiental enganoso⁴⁰³.

Sob outra perspectiva de definição de bem-estar, Sen⁴⁰⁴ defende que, apesar de rendas e mercadorias serem elementos materiais em que usualmente se baseia tal definição, há circunstâncias, pessoais e sociais, que provocam variações no resultado da relação entre a renda real de indivíduos e as vantagens por meio dela obtidas, em termos de bem-estar e de liberdade. Uma dessas circunstâncias consiste na presença de impactos ambientais negativos, como, por exemplo, os decorrentes das mudanças climáticas e da poluição, as quais podem influenciar o grau de vantagens que uma pessoa obtém a partir de determinada renda. O autor menciona as dificuldades da população mais pobre em administrar essas “desvantagens ambientais”. Essa conclusão reforça ainda mais a necessidade de contextualização do antitruste à realidade jurídica e socioambiental da jurisdição em que se encontra inserido, e às demandas oriundas da coletividade por um melhor padrão de sustentabilidade por parte das atividades econômicas.

Com a ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor, afasta-se mais um possível obstáculo ou dificultador para o exercício do papel do antitruste no desenvolvimento sustentável e a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, consistente na interpretação restritiva desses conceitos que desconsidera o fator ambiental. Além disso, afastam-se hipóteses rivais das adotadas neste trabalho que afirmam não ser possível a abordagem da questão ambiental na análise antitruste porque extrapolaria o

encontrados no total da amostra. As empresas foram selecionadas por listagem, com amostra representativa do universo de grandes e médias empresas atuantes em todo o Brasil, com cotas estabelecidas por setor de atuação, porte da empresa e regiões (IBOPE. Pesquisa IBOPE Ambiental. Setembro de 2011. Disponível em: <http://www4.ibope.com.br/download/apresentacao_ibope_ambiental.pdf>. Acesso em 11.11.2017). Em estudo que analisou a resposta de consumidores e acionistas a esforços ambientais de grandes firmas atuantes em território norte-americano, concluiu-se que ambos apreciam as ações voltadas à mitigação de danos ambientais, como a redução de emissões de gases de efeito estufa, de uso de energia e de água, e que melhorias no desempenho ambiental corporativo e inovações ambientais voltadas à proteção ambiental criam vantagem competitiva para as empresas (YADAV, Prayag Lal; HAN, Seung Hun; KIM, Hohyun. Manager's Dilemma: Stockholders' and Consumers' Responses to Corporate Environmental Efforts. 2017. *Sustainability*, volume 9, n. 7, 1108. Disponível em: <<http://www.mdpi.com/2071-1050/9/7/1108/htm>>. Acesso em 04.01.2018).

⁴⁰³ A *New Zealand Commerce Commission* já reconheceu que os consumidores neozelandeses estão mais exigentes quanto ao impacto de suas decisões de compra sobre o meio ambiente, e que estão preparados para pagar preços maiores pelos produtos para a redução desse impacto, mas que, ao mesmo tempo, é preocupante o cenário em que alegações ambientais, utilizadas cada vez mais por empresas como diferencial na comercialização de seus produtos, mostrem-se, por vezes, enganosas (*Environmental claims – Environmental or 'green' claims are increasingly being used by businesses as a point of difference in the marketing of products and services*. Disponível em: <<http://www.comcom.govt.nz/fair-trading/fair-trading-act-fact-sheets/environmental-claims/>>. Acesso em 01.03.2017).

⁴⁰⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 98-99.

mandato legal conferido à autoridade de defesa da concorrência e em razão de que a defesa ambiental não seria um princípio norteador ou objeto do antitruste.

Uma vez que o fator ambiental é admitido como integrante da noção de livre concorrência, de eficiência e de interesse e bem-estar do consumidor – o que se propõe no presente trabalho –, a discussão substancial da questão ambiental no controle de estruturas e condutas realizado pelo Cade não representa uma ampliação do objeto do antitruste ou da competência do órgão antitruste. Tal discussão é consequência da defesa da livre concorrência nos termos propugnados pela CF, diversa da defesa da concorrência vigente, alienada quanto a fatores que podem deturpar consideravelmente as condições concorrenciais e que constituem nada menos que o substrato das atividades econômicas, como o fator ambiental.

Os conceitos de concorrência, eficiência e interesses e bem-estar do consumidor ora propostos, os quais ganham o matiz do desenvolvimento sustentável, são diversos daqueles da cartilha de Chicago. Reconhecemo-los mais complexos para a análise antitruste do que os atualmente adotados, que são deficientes em termos de observância dos princípios da ordem econômica constitucional, são pretensa e ilusoriamente objetivos e neutros, e são conformados, no sentido de aguardarem que o desenvolvimento insolitamente venha de carona, promessa natimorta, nas decisões do órgão antitruste, as quais predominantemente vêm garantindo apenas o livre mercado e o incremento do poder econômico de empresas violadoras do meio ambiente, além de negarem-se a reconhecer benefícios ambientais apresentados, desincentivando-os, como se verificará no item 2.1. A incorporação do fator ambiental a esses conceitos provoca mudanças substanciais na análise antitruste, como na verificação de substitutibilidade entre produtos, tendo-se que conviver com aspectos como o aquecimento global⁴⁰⁵.

Neste subitem, portanto, concluímos pela necessidade de reinterpretação ou de resignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor que os reconecte à ordem econômica constitucional, ao paradigma do desenvolvimento sustentável e às demandas sociais e consumeristas por um novo padrão de sustentabilidade. Essa reinterpretação sela a confluência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano teórico,

⁴⁰⁵ CARRIER, Michael A. An Antitrust Framework for Climate Change. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 9, n. 8, p. 513, 2011. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=njtip>>. Acesso em 05.05.2016.

retomando o caminho para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste, do qual se desviou sob a influência da teoria econômica tradicional.

1.2.3 – Reconhecimento da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste e emancipação do consumidor a cidadão

Extraí-se do *caput* do artigo 170 da CF e do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 12.529/2011 que é a coletividade a titular dos bens e dos interesses difusos protegidos pelo antitruste. O artigo 225 da CF, por sua vez, indica que é a coletividade⁴⁰⁶ (ou “todos”) a titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do dever de defendê-lo e preservá-lo. É a ela – e a todos os indivíduos que a integram – que se visa assegurar a existência digna por meio da ordem econômica constitucional, conforme os ditames da justiça social e de acordo com princípios como a defesa do meio ambiente; é ela – e todos os indivíduos que a integram – que detém o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Interesses da coletividade, como os relativos à proteção e à preservação ambiental e à busca de sustentabilidade ambiental, contudo, não têm sido considerados na análise antitruste, dado o contexto de desconstitucionalização e colonização do antitruste brasileiro, do qual se tratou com maior ênfase nos itens 1.1.1 e 1.1.3. Esse quadro culmina na supervalorização da condição de consumidor dos indivíduos, objeto de especial consideração na análise antitruste, à parte as críticas já registradas neste trabalho sobre a redução do interesse do consumidor a uma questão de preço. Essa priorização do consumidor – em vez da coletividade –, é extraída, principalmente, do artigo 88, parágrafo 6º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, que trata do repasse aos consumidores de parte relevante dos benefícios decorrentes do ato de concentração⁴⁰⁷.

Nesse cenário, mostra-se necessário o resgate da condição de cidadãos dos indivíduos e a reafirmação de sua titularidade, como coletividade, em relação aos bens protegidos pelo antitruste. Limitar a uma relação de consumo a ampla gama de relações entre as atividades econômicas e a sociedade é promover a alienação da análise antitruste e reduzir o cidadão a

⁴⁰⁶ Nesse sentido: LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162.

⁴⁰⁷ A consideração do interesse e do bem-estar e a proteção do consumidor são refletidas de diversas formas, também nos artigos 19, inciso I; 38, inciso III; e 45, inciso V, da Lei nº 12.529/2011.

uma figura unidimensional, dotada de um único interesse (econômico e relacionado ao consumo), desumanizando-o e apartando-o de qualquer discussão sobre existência digna, justiça social, desenvolvimento sustentável e outras. Como afirma Dowbor⁴⁰⁸, a visão das pessoas como consumidores, em vez de como cidadãos, permite ao sistema aprofundar a eficiência na produção de coisas inúteis, direcionar o processo conforme o poder de compra, e não conforme as necessidades da coletividade, aprofundando as desigualdades e a perda de qualidade de vida, o que resulta em baixa produtividade sistêmica, em ineficiência. Além disso, transferir da coletividade para o consumidor a titularidade dos interesses protegidos pela defesa da concorrência reduz o potencial redistributivo do antitruste. Afinal, é a coletividade que se relaciona, de forma ampla, com as atividades econômicas, independentemente de qualquer relação de consumo ou outra relação jurídica estabelecida por seus integrantes com agentes econômicos. Nessa interação, a coletividade não é representada como um conjunto de consumidores com interesses específicos derivados dessa posição, mas como um conjunto de cidadãos⁴⁰⁹. Os consumidores não são a única categoria a ser beneficiada – ou prejudicada – pelo sistema econômico, nem todas as pessoas são consumidoras, havendo “empregados, empresas dos mais variados portes, pessoas carentes, serviços públicos a serem prestados, esgotos a serem construídos, remédios a serem distribuídos, crianças a serem tiradas das ruas e seres humanos a serem vacinados”⁴¹⁰. Os interesses dos consumidores não necessariamente coincidem com os da coletividade⁴¹¹, cujo amplo feixe de interesses, inclusive os relacionados

⁴⁰⁸ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 71.

⁴⁰⁹ A redução da coletividade ou do conjunto de cidadãos a um conjunto de consumidores – e, enfim, de mercadorias – espelha o que Bauman denominou “sociedade de consumidores”, consistente em um ambiente existencial caracterizado pela “reconstrução das relações humanas a partir do padrão e à semelhança das relações entre os consumidores e os objetos de consumo”. Tal sociedade é caracterizada pela ressignificação dos cidadãos à condição de consumidores, sem a qual o indivíduo não pode exercer sua posição de afiliação social, e pela promoção ou pelo reforço da escolha de “um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista”, que rejeita outras opções culturais. De acordo com o autor, isso decorre da desregulamentação e privatização das relações econômicas que, com o avanço da massificação dos meios de comunicação e produção, expandiu-se para a relação entre produtor e consumidor. O resultado disso é que o consumo é tratado como “um direito e um dever humano universal que não conhece exceção”, e tudo é visto dentro da lógica de mercado (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 15-19, 71, 73, 81). Essa sociedade submetida à lógica do mercado já havia sido tratada por Debord, que iconicamente a alcunhou de “sociedade do espetáculo”. O autor trata da sociedade em que impera a cultura de passividade, em que indivíduos são espectadores e produtos de um espetáculo que deriva das condições modernas de produção e consumo (DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997). “O espetáculo é o momento em que a mercadoria ocupou totalmente a vida social” (op. cit., p. 30).

⁴¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 16.

⁴¹¹ Segundo Conti, a decisão pelo desenvolvimento de determinada atividade ou uso de tecnologia, quando coincidem os sujeitos favorecidos e os que arcam com os custos decorrentes, é decisão técnica ou econômica do cidadão. Quando os favorecidos e os que arcam com os custos são pessoas diversas, a decisão é política, no sentido de exigir que lei ou deliberação da administração pública proíba ou regulamente a conduta, e compromete o equilíbrio ecológico. Assim, “a defesa do meio ambiente aumenta a área das decisões que hão de ser tomadas no âmbito político, o que representa problemas práticos” e, possivelmente, um dos dificultadores da abordagem da

a políticas públicas, como a de defesa da concorrência e do meio ambiente, habilitam-na a exigir que a concorrência em mercados seja, além de livre, sustentável.

Ademais, nem sempre há coincidência entre os sujeitos que se beneficiam do desenvolvimento de uma atividade econômica ou do uso de certa tecnologia e aqueles que arcam com os custos e as consequências disso decorrentes e sofrem seus impactos ambientais negativos⁴¹². A coletividade suporta, entre seus integrantes, consumidores ou não, custos e consequências da atividade econômica⁴¹³, entre as quais, as externalidades ambientais negativas. Parece lógico, diante disso, que benefícios e malefícios causados ao meio ambiente pelas atividades econômicas, estruturas e condutas sejam considerados na análise antitruste⁴¹⁴, ao menos no cálculo de seus efeitos líquidos, pois os malefícios já são, forçadamente, distribuídos à coletividade.

Além disso, a cidadania, que consiste na ação participativa onde há interesse público ou social, abrange a cidadania ecológica, voltada à defesa ambiental, não se limitando ao exercício de direitos políticos, do que é indicativo o artigo 68, inciso II, da CF, o qual utiliza os termos cidadania, direitos políticos e eleitorais⁴¹⁵. O desenvolvimento socioeconômico e o mero crescimento econômico têm em comum o escopo da produção de bens e serviços com vistas a um mercado de consumidores efetivos ou potenciais e não de seres humanos. Isso implica a desconsideração da questão ambiental e uma espécie de justificação para padrões insustentáveis de produção e de consumo, afastando o sistema do desenvolvimento sustentável, objetivo da cidadania ambiental⁴¹⁶. O antitruste, como instrumento de desenvolvimento sustentável, é

questão ambiental na análise antitruste (CONTI, Laura. Política e ecologia. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 979-980).

⁴¹² CONTI, Laura. Política e ecologia. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 979-980.

⁴¹³ Pense-se em um bairro pobre onde se encontram instaladas fábricas altamente poluidoras e fabricantes de produtos voltados a classes de alta renda. Os indivíduos que vivem ali, a despeito de não serem consumidores dos produtos oriundos de tais fábricas, sofrem as consequências negativas decorrentes dessa vizinhança, terão sua saúde afetada pela má qualidade do ar, seus imóveis desvalorizados em razão da poluição no local, seus móveis deteriorados por fuligem, o trânsito local prejudicado pelo transporte de cargas, entre outros reflexos negativos.

⁴¹⁴ Conforme Meirelles, ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois os indivíduos são iguais no direito à fruição do bem e no suportar dos ônus (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 80).

⁴¹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 143.

⁴¹⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 68-69. A cidadania ambiental implica uma postura ativa do cidadão na defesa e no exercício de seus direitos e de suas responsabilidades ambientais. Há quem a diferencie da cidadania ecológica, que focaria a sustentabilidade ambiental e consideraria os interesses da coletividade e o bem comum, conforme Andrew Dobson em *Cidadania ecológica: ¿una influencia desestabilizadora?*, citado em: CORIOLANO, Caroline Pires; AZEVEDO, Kerley Mara Barros Câmara de Azevedo; ALVES, Isabella Faustino. O papel da cidadania ambiental na efetividade da tutela jurídica ao meio ambiente. Trabalho apresentado no 14º Congresso Internacional de Direito

atento à diferença apontada por Furtado⁴¹⁷, no sentido de que bem-estar social, contido no conceito de desenvolvimento, não se equipara necessariamente a demandas efetivas de consumidores, as quais indicam a satisfação de necessidades humanas objetivamente definíveis e são mensuradas pelos gastos desses consumidores e pelos fluxos de bens e serviços, que não consideram, por exemplo, as desigualdades sociais existentes.

Neste subitem, em conclusão, propomos o reconhecimento efetivo, e não meramente retórico, da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste, tal como preveem a CF e a Lei nº 12.529/2011, e a emancipação do consumidor a cidadão na análise antitruste. É consequência disso a obrigatoriedade de essa análise incorporar os interesses e o bem-estar da coletividade, os quais incluem a proteção e a preservação ambiental de forma mais contundente e inequívoca em comparação com os interesses e o bem-estar do consumidor.

O reconhecimento da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste e a emancipação do consumidor à cidadão contribuem, portanto, para o afastamento de mais um possível obstáculo ou dificultador ao exercício do papel do antitruste no desenvolvimento sustentável e à abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Tal obstáculo ou dificultador consiste na redução do cidadão a consumidor em um contexto de dominância da “sociedade de consumidores” e da “sociedade do espetáculo” e de desconstitucionalização e colonização do antitruste brasileiro. Nesse quadro, em que o bem-estar do consumidor, resumido à questão de preço, encontra-se no centro das preocupações do antitruste, houve uma blindagem da análise antitruste contra discussões sobre direitos, princípios e valores constitucionais, como os relacionados ao meio ambiente.

Além disso, o reconhecimento efetivo da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste, a reinterpretação do conceito de exercício abusivo de poder econômico e a reinterpretação ou a ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor formam os pilares do arcabouço teórico que fundamenta o papel do antitruste no desenvolvimento sustentável e a abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e et al (coords.). *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 521.

⁴¹⁷ FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 30.

CAPÍTULO 2: A ABORDAGEM DA QUESTÃO AMBIENTAL NA ANÁLISE ANTITRUSTE

No capítulo 1, ao mesmo tempo que concluímos pela atribuição constitucional de um papel ativo do antitruste no desenvolvimento sustentável e pela existência de fundamentação jurídica para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, apontamos para uma possível resistência à incorporação, na interpretação e na prática do antitruste no Brasil, de alguns princípios e valores da ordem econômica constitucional, como a defesa do meio ambiente. Tal resistência seria sedimentada pela tendência à subjugação do direito, na análise antitruste, a teorias econômicas insuficientes para a concretização daqueles princípios e valores e do desenvolvimento sustentável e, possivelmente, pela predominância de uma interpretação restritiva da Lei nº 12.529/2011.

Neste capítulo, apresentamos o resultado da pesquisa empírica *stricto sensu* por meio da qual se investigou quais são os reflexos da relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro, bem como do papel do antitruste no desenvolvimento sustentável, para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, ou seja, no contexto jurídico-factual ou prático. Investiga-se, sobre tal abordagem, sua existência, a forma como ocorre e seus possíveis obstáculos ou dificultadores. O estudo desenvolve-se sob duas perspectivas: i) a investigação sobre a existência dessa abordagem e o modo como se configura nos procedimentos administrativos que tramitam no Cade, com base na técnica da análise de conteúdo de fontes diretas; e ii) a investigação sobre o entendimento de integrantes e ex-integrantes do Cade acerca do tema e de aspectos conexos, mediante emprego da técnica de aplicação de questionário.

No item 2.1, apresenta-se a pesquisa consistente no levantamento e na análise de documentos constantes dos autos dos procedimentos administrativos que tramitaram no Cade em determinado período, investigando-se se e como ocorre a abordagem da questão ambiental em tais procedimentos. Com tal pesquisa, buscou-se compreender a repercussão prática da relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto brasileiro, e confirmar – ou não – hipótese de pesquisa segundo a qual a abordagem da questão ambiental na análise antitruste é inexistente ou inexpressiva. Destaca-se que, de acordo com a linha de raciocínio adotada neste trabalho, a inexistência dessa abordagem confirma o argumento de que, ainda que parcialmente, há uma desconstitucionalização do antitruste, e sua inexpressividade é um forte indício no

mesmo sentido, como restará mais claro no item 2.1. Nesse item, ao investigar, analisar, descrever e interpretar eventual abordagem da questão ambiental nos autos desses procedimentos, cumpre-se objetivo específico da pesquisa e testa-se a segunda hipótese de pesquisa. Os resultados obtidos também auxiliam no cumprimento de outro objetivo específico da pesquisa, consistente na identificação de possíveis obstáculos ou dificultadores para essa abordagem, e potencializam a discussão sobre a terceira hipótese de pesquisa, no que tange às circunstâncias em que se mostra cabível tal abordagem.

No item 2.2, apresenta-se a pesquisa realizada por meio da aplicação de questionário a ocupantes e ex-ocupantes de determinados cargos no Cade em período específico, investigando-se seu entendimento sobre os objetivos do antitruste brasileiro, a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, os possíveis obstáculos ou dificultadores para essa abordagem e outros aspectos conexos. A atuação desses indivíduos aos quais se submeteu o questionário é fundamental, ou mesmo definitiva, para a efetiva ou potencial existência da abordagem da questão ambiental na análise antitruste e para a definição de seus limites. Daí advém a importância de compreender seu entendimento sobre o tema, inclusive para fins de uma formulação mais realista da proposta de hipóteses para essa abordagem, e para a superação dos obstáculos ou dificultadores que se colocam.

O resultado obtido com a submissão do questionário contribui para o teste das três hipóteses de pesquisa e para objetivos específicos desta: i) fomentando o debate sobre a relação entre o direito concorrencial e o ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro; ii) auxiliando a compreensão do contexto prático da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, e fornecendo subsídios para melhor avaliação sobre como o entendimento dos integrantes e ex-integrantes do Cade pode contribuir para o histórico dessa abordagem, bem como se representa um obstáculo ou dificultador para tanto; e iii) potencializando a discussão sobre as hipóteses de cabimento da referida abordagem.

2.1 – A relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto prático: a abordagem da questão ambiental nos procedimentos administrativos no Cade

A pesquisa sobre a abordagem da questão ambiental nos procedimentos administrativos julgados ou em trâmite no Conselho até 11.01.2018⁴¹⁸ foi realizada por meio de ferramenta

⁴¹⁸ Data da última atualização e de encerramento da pesquisa.

disponível no site do Conselho, no Serviço Eletrônico de Informações (SEI), em “Pesquisa processual”, “Pesquisa Pública”⁴¹⁹. No campo “Pesquisa Livre”, foram impostados os seguintes termos, e adotada opção que realiza a busca por documentos que contenham qualquer deles (inserindo-se a conjunção “ou” entre os termos): “ambiental”, “ambientais”, “recurso natural”, “recursos naturais”, “meio ambiente”, “ecológico”, “ecológica”, “sustentável”, “sustentáveis” e “sustentabilidade”. Tais termos, em tese, seriam suficientes para identificar a abordagem da questão ambiental na análise antitruste e foram escolhidos com base em disposições do ordenamento jurídico pátrio em matéria ambiental e na literatura sobre o tema. No campo “Pesquisar em”, foram selecionadas as três opções disponíveis (“Processos”, “Documentos Gerados” e “Documentos Externos”), e no campo “Tipo do Processo”, foram objeto de pesquisa todas as opções iniciadas por “Finalístico”⁴²⁰, sem aplicação de qualquer outro filtro.

Foram objeto de análise todos os documentos, constantes dos autos dos procedimentos administrativos investigados, em relação aos quais o sistema do Cade apontou a ocorrência de ao menos um dos termos impostados⁴²¹. Foram apontadas pelo sistema 1897 (mil oitocentas e noventa e sete) ocorrências e, frequentemente, mais de uma dizia respeito ao mesmo

419

Disponível

em:

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Último acesso em: 11.01.2018.

⁴²⁰ Tal opção abrange 33 subopções: acompanhamento de mercado, acordo de leniência, adesão a requerimento de TCC, apartado de acesso restrito e de acompanhamento da decisão, apuração de ato de concentração, ato de concentração ordinário e sumário, averiguação preliminar, clique denúncia, comunicação, consulta, denúncia de ato de concentração e de conduta, inquérito administrativo, mandado de notificação e intimação, medida cautelar e preventiva, petição, plenário, procedimento administrativo e preparatório, processo administrativo, sanções processuais, recurso administrativo e voluntário, representação, requerimento – *marker*, de acordo judicial e de TCC, sessão de julgamento, solicitação de análise de informações e termo de compromisso de desempenho (TCD). As demais opções disponibilizadas pela ferramenta de pesquisa, além das iniciadas por “Finalístico”, não possuem utilidade para esta pesquisa, dizendo respeito a temas relativos ao funcionamento do Cade, como representação ou denúncia à Comissão de Ética, contratação de consultor para cooperação internacional, correição da Corregedoria, demandas externas de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, documentação arquivística, convênio, licitação, gestão da informação, gestão de contratos, gestão de materiais, orçamento, pessoal, segurança institucional, viagens a serviço e pedidos de acesso a informações.

⁴²¹ Ressalva-se que a ferramenta disponibilizada pelo Cade abrange a consulta de procedimentos que foram transferidos, até 11.01.2018, para o repositório consultado. Conforme resposta do Cade a pedido de informações (Protocolo nº 08850.004949/2017-36, de 07.11.2017) feito com base na Lei nº 12.527/2011, por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), datada de 17.11.2017, o Conselho não tinha, até aquela data, relação com dados dos processos disponíveis no SEI, nem era possível especificar o corte temporal da digitalização dos processos e sua inserção nesse sistema, apesar de a regra geral estabelecida para isso ter sido a da digitalização em ordem decrescente. O Cade informou que 70% (setenta por cento) de todos os processos já haviam sido inseridos no sistema, e é sobre esse conjunto de procedimentos que recai a presente pesquisa. Ressalva-se que a ferramenta de pesquisa permite acesso somente a documentos públicos, de procedimentos de autos públicos e em versão pública de procedimentos que tramitam também com autos em versão de acesso restrito. Logo, a pesquisa não recai sobre documentos ou procedimentos de autos em versão de acesso restrito ou sigilosos.

procedimento, uma vez que, de acordo com as opções de pesquisa adotadas, as ocorrências remeteram, também, a documentos, não apenas a procedimentos.

A pesquisa recaiu sobre manifestações e outros documentos, constantes dos procedimentos administrativos mencionados, oriundos do Cade e de atores que poderiam exercer influência na abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Foram analisados: i) manifestações e outros documentos provenientes de partes, investigados, representantes, representados, consultentes, terceiros interessados, pessoas requisitadas pelo Cade para que prestassem informações, entre outros; ii) pareceres da antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda, do Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF-Cade), da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade) e do Departamento de Estudos Econômicos (DEE); iii) pareceres, notas técnicas e decisões da Superintendência-Geral do Cade, de conselheiros e do Tribunal Administrativo do Cade; e iv) outros documentos citados de forma relacionada à questão ambiental em decisões, manifestações e documentos.

2.1.1 – Achados ambientais: uma pedra no caminho do antitruste

Na maior parte dos documentos em que identificada a ocorrência de ao menos um dos termos de pesquisa, não se verificou discussão substancial de questão ambiental. Em tais casos, os termos de pesquisa consistiam em mera referência a aspecto ambiental qualquer, sem repercussão para a concorrência ou pretensão de discussão da questão ambiental na análise antitruste. São exemplos⁴²² dessas ocorrências, que não serão objeto de análise na sequência, mas são citados apenas com a finalidade de exemplificação, os procedimentos em que o termo “sustentável” é usado pelas partes, em geral no formulário de notificação da operação, com sentido diverso do pesquisado, referindo-se à sustentabilidade econômico-financeira do

⁴²² Por exemplo: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Atos de concentração nºs. 08700.005937/2016-61. Requerentes: Dow Chemical e outra. Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 20.09.2017; 08700.006426/2017-48. Requerentes: Cinemark Brasil S.A. e outro. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 06.11.2017; e 08700.010266/2015-70. Requerentes: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e outra. Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 13.04.2016; e Procedimento preparatório nº 08700.002765/2016-74. Representante: Fabio Paulino Garcia. Representada: Petróleo Brasileiro S.A. Arquivamento pela Superintendência-Geral do Cade, conforme decisão de 09.02.2017.

negócio ou da atuação do agente econômico no mercado, à capacidade de a empresa manter sua produtividade de forma crescente e duradoura, ou com referência a “preços sustentáveis”⁴²³.

Foram identificados, todavia, casos em que a questão ambiental é abordada em procedimentos administrativos de forma relacionada ao aspecto concorrencial, por vezes ensaiando-se ou incitando-se uma discussão substancial de tal questão na análise antitruste. A situação mais frequente é a das partes que apontam, em relação a produtos, serviços e processos produtivos com os quais já trabalham ou trabalharão com a consumação da operação, sua diferenciação em razão de atributo de sustentabilidade, de melhoria no padrão de proteção ambiental ou de redução de impactos ambientais, entre outros aspectos. Isso costuma ser feito no preenchimento do formulário de notificação de atos de concentração, na descrição dos mercados relevantes sob as dimensões produto e geográfica, em que as requerentes devem discorrer sobre fatores como substitutibilidade sob as óticas da demanda e da oferta, sobre características dos produtos e/ou serviços e preferências dos consumidores. Mas a questão ambiental também surge em outras oportunidades: i) suscitada por terceiros aos quais o Cade solicita informações para instruir procedimentos administrativos ii) suscitada por aqueles que se apresentam voluntariamente nos autos para prestação de esclarecimentos e emissão de opinião sobre estruturas e condutas; e iii) pelo próprio Cade, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE).

Observa-se que, nesses casos, quando suscitada pelas partes, a abordagem da questão ambiental é bastante variada, indo desde um tom argumentativo, quando, em geral, as partes sustentam que uma operação gera eficiências ou outros benefícios ambientais, até um tom mais descritivo, utilizado, costumeiramente, quando apenas atribuem a qualidade de sustentável a seus produtos ou processos produtivos, sem maiores esclarecimentos ou engajamento com aspectos concorrenciais. Na quase totalidade dos casos, as partes não demonstram a existência da questão ambiental, a possível repercussão do fator ambiental para a concorrência ou para a análise antitruste por meio da apresentação de provas, estudos ou pareceres para demonstrar a

⁴²³ Há casos, como o do ato de concentração nº 08700.012062/2015-73 (Requerentes: Sony Pictures Home Entertainment Inc. e Universal Studios Limited, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 12.02.2016), em que termos de pesquisa são citados pelas partes apenas em suas justificativas para a não apresentação da via física de documentos que poderiam ser consultados na internet, para evitar “desnecessários custos ambientais”. Tal ocorrência, como se vê, é absolutamente trivial e nada importa à presente pesquisa. O mesmo ocorreu em relação a inúmeros casos em que os termos de pesquisa são citados em demonstrações de resultado de exercício (DRE), onde há demonstrações de natureza ambiental e social, e em relatórios de sustentabilidade, ISE, Dow Jones e outros.

veracidade, a razoabilidade e a racionalidade de sua alegação, o que, em alguns casos, se mostraria conveniente, pois o benefício ambiental não é facilmente dedutível da argumentação. Tais casos, que se repetem em inúmeros procedimentos, merecem citação de exemplos⁴²⁴:

- Ato de concentração⁴²⁵ no qual as partes afirmam, no formulário de notificação da operação, que o polietileno verde, usado na cadeia produtiva do plástico, por sua vez utilizado em embalagens, é reciclável, “atendendo a requisitos de sustentabilidade”, e que a opção por determinado tipo de embalagem de produtos depende, além do fator custo, de questões ambientais ou de sustentabilidade;
- Ato de concentração⁴²⁶ em que as partes, no formulário de notificação da operação, afirmam que o aço carbono “pode ser recuperado ao final da vida útil de produtos de aço carbono e reciclado sem perda de suas propriedades intrínsecas, o que acrescenta à sua competitividade um benefício ambiental”;
- Ato de concentração⁴²⁷ em que as partes registram, no formulário de notificação da operação, que para a atuação no mercado de siderurgia demanda-se a obtenção de licenças ambientais, porém que não as entendem como barreiras à entrada, pois essa exigência é comum a praticamente todos os setores, sendo uma norma padrão para qualquer empresa atuar no mercado⁴²⁸. O Instituto Nacional das Empresas de Preparação de Sucata Não Ferrosa e de Ferro e Aço ("Inesfa"), terceiro interessado, suscitou questões como a de que determinado tipo de usina é menos agressiva ao meio ambiente, por operar com a reciclagem da sucata, possuindo “forte apelo ecológico” ao reduzir o consumo de energia e as emissões geradas na etapa de redução. A Inesfa afirmou que “embora o foco da análise

⁴²⁴ Aos quais se acresce, ainda: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Atos de concentração n°s: 08012.001921/2012-12. Requerentes: Light Esco - Prestação de Serviços S.A e outra. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Aprovação sem restrições, em 23.05.2012; 08012.008719/2009-16. Requerentes: Infrabrasil Fundo de Investimento em Participações e outra. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Aprovação sem restrições, em 09.12.2009; e 08700.006251/2017-79. Requerentes: Agropecuária Maggi Ltda. e Companhia Agrícola do Parecis. Aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 04.12.2017.

⁴²⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n° 08700.003713/2015-34. Requerentes: Suzano Papel e Celulose e S.A. e outra. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 25.09.2015.

⁴²⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n° 08700.002997/2017-11. Requerentes: Companhia Siderúrgica Nacional e outros. Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo. Aprovação sem restrições, em 08.09.2017.

⁴²⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n° 08700.002165/2017-97. Requerentes: Arcelormittal Brasil S.A. e Votorantim S.A. Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 07.02.2018.

⁴²⁸ A discussão sobre se licenças ambientais constituem barreiras à entrada mostrou-se frequente nos procedimentos pesquisados, e tem relevância para este trabalho não exatamente por si, mas por permitir dedução importante à análise antitruste: se a licença ambiental pode ser considerada uma barreira à entrada, a infringência de normas que impõem sua obtenção implica vantagem concorrencial, o que se desenvolverá no item 3.2.

do Cade seja o impacto concorrencial da operação, é fundamental chamar a atenção para o fato que impactos de outra natureza, como sociais e ambientais, são também relevantes”, e que não devem ser ignorados na análise antitruste. A Inesfa também apontou que a ampliação da reciclagem e do uso de resíduos no setor siderúrgico é considerada um fator crítico, gerando preocupação ambiental tanto no meio empresarial, quanto no público, nacional e internacionalmente. Por fim, o Instituto aborda, em sua petição, os benefícios ambientais do uso da sucata na cadeia produtiva de aço;

- Ato de concentração⁴²⁹ em que as partes, no formulário de notificação da operação, afirmam que a operação “viabilizará a junção de pesquisas científicas e soluções para aumentar a produtividade de forma sustentável e assessorar o agricultor” e permitirá a ampliação de escopo e a aceleração da expansão, no Brasil, do escalonamento de tecnologia digital (*digital farming*), o que trará maior competitividade e efeitos positivos em termos de sustentabilidade, com redução de impactos ambientais. Esclarecem que o tratamento de algumas variedades cultivadas é realizado “sob ajuste fino para alcançar maior eficiência agrônômica, ambiental e econômica ao agricultor” e que “agir de forma sustentável compreende avanço em novas áreas de forma contida, já que o impacto ambiental merece atenção”. Uma das partes destaca que tem uma política de “incentivo à atuação ecologicamente responsável de toda a rede”;
- Ato de concentração⁴³⁰ em que as partes, no formulário de notificação da operação, em tópico intitulado “Visão geral das relações entre as partes para a definição do procedimento aplicável”, declaram que a operação faz parte da transformação contínua e do redirecionamento do portfólio da empresa “em direção a produtos com maiores valores agregados que sejam menos cíclicos e demandem menos energia e capital, com foco na inovação e na sustentabilidade, que têm sido o objetivo estratégico [...]”;
- Ato de concentração⁴³¹ em que as partes, ao comentarem a operação, afirmam que a cooperação técnica entre elas permitirá o desenvolvimento de tecnologia que possibilitará a obtenção de uma maior diversidade de cultivares de soja por meio de métodos de

⁴²⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.001097/2017-49. Requerentes: Monsanto Company, ABRAPA e outros. Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 07.02.2018.

⁴³⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.010965/2015-10. Requerentes: Solvay S.A. e outra. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 08.12.2015.

⁴³¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.003711/2000-17. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda e outra. Conselheiro Relator Luiz Fernando Rigato Vasconcellos. Aprovação com restrições, em 15.03.2006.

melhoramento genético, com redução do uso de fertilizantes e defensivos agrícolas, maior produtividade e menor demanda de espaço, dependendo menos da expansão de fronteiras agrícolas e, ao fim, reduzindo os efeitos danosos ao meio ambiente e gerando, portanto, externalidades positivas, vantagens ambientais;

- Ato de concentração⁴³² em que as partes, tanto ao descreverem como ao apresentarem suas justificativas para a operação, afirmam que desta decorrem benefícios à sociedade e aos usuários, com diminuição dos impactos ambientais advindos da instalação de elementos de rede de telecomunicação de forma isolada, reduzindo o espaço utilizado na atividade, além de promover o uso consciente da energia e um melhor padrão de sustentabilidade;
- Ato de concentração⁴³³ em que o Cade analisou a constituição de associação entre empresas para a gestão de atividade de logística reversa para destinação ambientalmente correta de resíduos finais de empresas, com vistas a cumprir determinações da Política Nacional de Resíduos Sólidos, por meio da implantação de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. As partes argumentaram que a operação geraria ganho ambiental, ao promover a minimização de impactos ambientais e viabilizar a gestão integrada de resíduos com o máximo de eficiência e celeridade no cumprimento da citada política pública;
- Ato de concentração⁴³⁴ em que as partes, ao tratarem das eficiências da operação, alegam que esta propiciará a disseminação de tecnologia que, em razão dos efeitos de seu emprego, dentre os quais a redução do uso de herbicidas, resulta em vantagens ambientais.

Na quase totalidade dos casos dessa forma agrupados, nos procedimentos já julgados pelo Cade, não se obteve do órgão antitruste manifestação acerca das questões ambientais suscitadas. Há, contudo, procedimentos administrativos em que o Cade, a Seae e/ou a extinta SDE mencionam o aspecto ambiental, porém sem discutir substancialmente a questão ambiental, ou, ainda, em que a questão ambiental é abordada de forma substancial nos autos, mas não constitui fundamento da decisão do Cade. São exemplos dessa hipótese:

⁴³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.002975/2014-09. Requerentes: Tim Celular S.A. e outras. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 28.01.2015.

⁴³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.009764/2015-70. Requerentes: Alumbra Produtos Elétricos e Eletrônicos Ltda. e outras. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 08.10.2015.

⁴³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.004808/2000-01. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa. Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Aprovado sem restrições em 01.02.2006.

- Ato de concentração⁴³⁵ em que, no anexo de seu voto, o conselheiro relator, ao mencionar os impactos da operação sobre outros aspectos que não o preço, e que integram o bem-estar do consumidor, como a inovação, cita trecho do discurso de comissária europeia da Concorrência que defende que a inovação é “particularmente importante na indústria agroquímica”, e que “é preciso descobrir e desenvolver novos produtos, que são menos tóxicos ou mais eficientes. [...]. A indústria agroquímica exerce um papel frente aos consumidores, aos fazendeiros e ao meio-ambiente”⁴³⁶. De acordo com o relator, o ACC celebrado naqueles autos preservaria tais incentivos, inclusive de inovação, com compromissos de pesquisa e desenvolvimento (P&D) nos mercados afetados pela operação. No entanto, não houve menção expressa à questão ambiental entre os fundamentos da decisão;
- Ato de concentração⁴³⁷ aprovado sob a condição de celebração de ACC, com a assunção, entre outros, do compromisso de as empresas manterem um nível mínimo de produção em seus frigoríficos, o qual não foi cumprido pelas empresas, sob alegação posterior de que estavam impedidas por conta de determinação da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, a qual limitava o abate de animais a patamar inferior ao estipulado no ACC, conforme restrição que já constava, antes, da licença operacional emitida pela Companhia Ambiental do mesmo Estado (CETESB). Diante do descumprimento do ACC, o Cade revisou⁴³⁸ as condições estabelecidas no acordo e impôs às empresas multa por enganiosidade na prestação de informações durante a análise de ato de concentração⁴³⁹, não tendo, contudo, se aprofundado no aspecto ambiental levantado pelas partes, o qual foi responsável por inviabilizar o cumprimento do acordo e ensejar a aplicação da sanção. Apesar da falta de discussão da questão ambiental, na prática, o Conselho aceitou a

⁴³⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.005937/2016-61. Requerentes: The Dow Chemical Company e outra. Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 17.05.2016.

⁴³⁶ Discurso da Comissária Vestager, de 27.03.2017 (disponível em http://europa.eu/rapid/pressrelease_STATEMENT-17-775_en.htm).

⁴³⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.010688/2013-83. Requerentes: JBS S.A. e outra. Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 11.09.2014.

⁴³⁸ Decisão do Tribunal Administrativo do Cade proferida em 16.11.2016. Voto do Conselheiro Relator, Márcio de Oliveira Júnior, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMrBmqjIB1q9CZF9OIvSVmRswuyfI5FjaY8HLk_o-f-Tc8TJg0Pgl8ggtuPNpclQ0Tv4U-TwUd8xUGuU2G5TAn. Acesso em 09.08.2017.

⁴³⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo para Imposição de Sanções Processuais Incidentais nº 08700.0006554/2016-19. Informação disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-revisa-operacao-envolvendo-jbs-e-rodopa>. Acesso em 09.08.2017.

restrição à sua atuação gerada pela imposição dos órgãos ambientais, deixando de buscar a prevalência do ACC;

- Consulta⁴⁴⁰ em que se solicitou a manifestação do Cade sobre a regulação do uso de resina PET reciclável em embalagens, a qual poderia, de acordo com a consulente, produzir “um impacto extremamente positivo sobre a concorrência, além de ser benéfica para o meio ambiente”. A consulente também argumentou que a falta de regulação e a demora na concessão de autorização, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), para o uso dessa resina, impediam os potenciais ganhos apontados e eram responsáveis por impacto ambiental negativo, pois toneladas de embalagens estavam deixando de ser recicladas em razão dos problemas apontados. A Associação Brasileira da Indústria Química e o Departamento de Negociações Internacionais da Secretaria de Comércio Exterior⁴⁴¹, em resposta a ofício do Cade com questionamentos, manifestaram-se também sobre a questão ambiental. O conselheiro relator afirmou⁴⁴² que, a pretexto de salvaguardar interesse como o da segurança alimentar, as agências e normas regulatórias não podem limitar de modo injustificado e desproporcional a livre concorrência. A Seae⁴⁴³ apresentou, como possível ponto favorável da comercialização da PET reciclada, a redução da poluição, e manifestou que a reciclagem é um importante instrumento para o alcance do desenvolvimento sustentável, e que agindo em prol da proteção ambiental, a indústria teria “condições de conquistar novos consumidores, atraídos pela conduta socialmente consciente da fornecedora, isto é, pela agregação desse valor ao produto”, referindo-se ao valor social da preservação ambiental. O relator consignou, ao fim, que o aumento da reciclagem de embalagens PET descartadas no meio ambiente traria ganhos ambientais, diminuindo a poluição promovida pela indústria, “tendo em vista que a reciclagem é um importante meio para a promoção do desenvolvimento sustentável”. A consulta, todavia, foi arquivada, tendo o Cade entendido que não reunia condições de admissibilidade;
- Ato de concentração⁴⁴⁴ em que uma terceira empresa, demandada pelo Cade para prestar informações sobre a substitutibilidade entre embalagens fabricadas a partir de materiais

⁴⁴⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 08700.001132/2006-77. Arquivamento em 21.03.2007.

⁴⁴¹ Do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

⁴⁴² No Despacho nº 130/2006/PG/CADE.

⁴⁴³ Nos Pareceres nºs. 06019/2007/DF, de 06.03.2007, e 6132/2007/DF, de 13.03.2007.

⁴⁴⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.007378/2011-78. Requerentes: Companhia Metalúrgica Prada e outras. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Aprovação sem restrições, em 20.02.2013.

diferentes, afirmou que a resposta para o quesito envolvia, entre outros aspectos, a conquista do consumidor e o meio ambiente, e que a garrafa plástica PET seria a “maior vilã do meio ambiente”. O Sindicato da Indústria de Estamparia de Metais de São Paulo (Siemesp) peticionou nos autos juntando cópia de Parecer da ProCade em outro caso⁴⁴⁵, do qual consta que as latas de aço atingiram sua maturidade e apenas ganharam uma “sobrevida” no mercado por serem “mais viáveis em termos ambientais”, e que na Europa há uma tendência de “sobrevida” competitiva das folhas metálicas enquanto insumos para a produção de embalagens metálicas, pois trata-se de material de alta reciclabilidade, sendo mais viável em termos ambientais que outros insumos utilizados para a produção de embalagens, como o plástico. Do acórdão consta, sobre a questão ambiental, que as embalagens metálicas vêm perdendo força para outros substitutos e que isso pode estar relacionado à opção do consumidor, que supostamente atribuiria mais valor a características da embalagem do que ao material utilizado na sua fabricação. Para embasar esse entendimento, contudo, o acórdão apresenta um quadro, cuja fonte das informações indicada é Associação Brasileira de Embalagens de Aço (ABEAÇO), e que trataria das tendências para o mercado mundial de embalagens, que estariam sendo ditadas pelo consumidor, o qual supostamente daria mais valor a aspectos como transparência e peso da embalagem. Ocorre que referido quadro, intitulado “Características relevantes de embalagem – consumidor (aspectos mais valorizados)”, apresenta três colunas, divididas entre os três grupos de características relevantes, sendo um deles, o meio ambiente, para o qual o aspecto mais valorizado é o referente à possibilidade de reciclar-se 100% da embalagem. Em síntese, do quadro da ABEAÇO não é possível extrair a conclusão contida no acórdão, mas é possível, com base nele, afirmar que houve iniciativa, pelo Cade, de investigar eventual interesse do consumidor no aspecto ambiental do produto;

- Ato de concentração⁴⁴⁶ em que, para descrever a operação, a Superintendência-Geral do Cade reproduziu⁴⁴⁷ trecho do formulário que trata da questão da sustentabilidade. Porém, não houve o desenvolvimento desse ponto na decisão;

⁴⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.004385/2006-51. Requerentes: Companhia Siderúrgica Nacional e outra. Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Aprovação sem restrições em 09.04.2008.

⁴⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.010965/2015-10. Requerentes: Solvay S.A. e outra. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 08.12.2015.

⁴⁴⁷ Na Nota Técnica nº 43/2015/CGAA3/SGA1/SG/CADE.

- Ato de concentração⁴⁴⁸ em que, em seus votos, conselheiros tratam das licenças, autorizações e permissões requeridas a órgãos ambientais como barreiras à entrada⁴⁴⁹, o que se repete em pareceres da Seae e da SDE. O aspecto ambiental dessas licenças, autorizações e permissões não se mostra, contudo, a priori, relevante para a análise antitruste, nem foi abordado pelo Cade em sua decisão. O fato de serem elas tratadas como barreiras à entrada ganha relevância quando determinado agente econômico descumpra as normas aplicáveis, criando vantagem concorrencial indevida para si, do que se tratará melhor no item 3.2. Do Parecer da SDE⁴⁵⁰, de 13.01.2005, consta que o custo ambiental envolvido deve ser debitado da eficiência gerada pela operação. O mesmo parecer aborda a questão dos impactos ambientais. Do relatório do conselheiro relator consta referência a estudo de empresa de consultoria que indica como eficiência decorrente da operação a redução da poluição ambiental gerada pela atividade. O relator observa, contudo, que essa eficiência não foi quantificada, e que a Seae a teria afastado porque o resultado poderia ser obtido sem a concretização da operação. A declaração de voto-vogal do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer também faz menção a impacto ambiental dos rejeitos acumulados no meio ambiente.

Há, enfim, raros exemplos de procedimentos administrativos em que é possível afirmar que o Cade discutiu de forma substancial a questão ambiental, ou, ainda, que a questão ambiental figura entre as razões de decidir apresentadas pelo Conselho. Um desses procedimentos é um ato de concentração⁴⁵¹ em que a sustentabilidade como característica ou qualidade de um produto foi alegada por terceiros, em discussão sobre a definição de mercado relevante e sua abrangência em relação a duas modalidades de um produto: a dos que consumiam menos energia e eram mais ecológicos, e a dos que apresentavam tecnologia mais

⁴⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.000640/2000-09. Requerentes: Cia. Vale do Rio Doce S.A. e outra. Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Aprovação com restrições em 10.08.2005.

⁴⁴⁹ São inúmeros os exemplos de procedimentos em que a questão é suscitada, como: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.002584/2014-86. Requerentes: CPFL Energias Renováveis S.A. e outra. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 24.04.2014.

⁴⁵⁰ Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-t1k4HquEslhW3hBgLW1g_fZMLNZXumSvFYTSGKI6SG8A4ret53bumOwBC_1o9NiwdZqZX-mw-N0WwZiwrH23>. Acesso em: 24.08.2017.

⁴⁵¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.008877/2011-82. Requerentes: Carrier Corporation e outra. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Aprovação sem restrições, em 03.04.2013.

antiga e eram mais prejudiciais ao meio ambiente, porém mais baratos. O aspecto ambiental foi abordado no acórdão, tendo o Cade decidido pela existência de dois mercados relevantes distintos em razão das características que diferenciavam as modalidades de produtos, entre as quais, a relativa a atributos de sustentabilidade ambiental.

Outro caso identificado é o de um processo administrativo⁴⁵² em que o Cade foi obrigado a considerar a questão ambiental em razão de as empresas que celebraram TCCs naqueles autos terem celebrado também Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público do Estado do Paraná (MPE/PR), no qual se havia estabelecido obrigações que vieram a se relacionar com a conduta anticoncorrencial investigada pelo Conselho. O TAC mencionado previa a criação de uma associação de indústrias extrativas de areia e a implementação de um terminal de descarga e armazenamento a ser utilizado em conjunto pelas empresas e pela associação. Ocorre que, em reuniões promovidas pela associação, houve compartilhamento de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, e a associação teria sido usada para impedir o crescimento e o acirramento da concorrência. Como resume nota veiculada no site do Cade⁴⁵³, “a análise do caso levou em consideração o [...] TAC firmado entre o MPE/PR e algumas das empresas investigadas, cujo objetivo era a preservação e recuperação ambiental das áreas situadas às margens do Rio Paraná”. Para a vigência concomitante do TCC e do TAC mencionados e o alcance dos objetivos de defesa ambiental e da concorrência, o Cade promoveu ajustes práticos em relação às condutas e aos procedimentos adotados pelas empresas e associação envolvidas. Em seu voto, o conselheiro relator ressaltou que o TCC incluiu medidas que compatibilizaram as preocupações ambientais identificadas pelo MPE/PR e as preocupações concorrenciais detectadas pelo Cade, e que para essa compatibilização contou-se com “a inestimável contribuição do Procurador do Ministério Público Federal junto ao CADE”. O relator afirmou, ainda, que “por todas essas razões”, os acordos eram convenientes e oportunos naquele caso. O TCC contém ressalva expressa no sentido de que eventual expansão do terminal comentado – prevista no acordo – somente é exigível se não houver impedimento

⁴⁵² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08012.004430/2002-43. Representantes: Simatec e Ministério Público do Estado do Paraná. Representada: Porto de Areia Cristo Rei Ltda. e outros. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Suspensão do processo em 25.03.2015, conforme decisão do Tribunal Administrativo do Cade, em razão da celebração de TCCs.

⁴⁵³ ***Cade firma dez acordos em investigação de cartel no mercado de mineração de areia no PR. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-firma-dez-acordos-em-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-mineracao-de-areia-no-pr>>. Acesso em 02.10.2016.***

de natureza ambiental. A questão ambiental, portanto, teve de ser debatida pelo Cade na medida em que este, para concretizar a defesa da concorrência, viu-se obrigado a adotar solução que se harmonizasse com a solução para a defesa ambiental já acordada com o MPE/PR.

Um ato de concentração⁴⁵⁴ identificado na pesquisa merece comentário destacado, pois a questão ambiental, representada no elemento “biodiversidade”, foi contemplada como fundamento de decidir, conforme aprofundado voto do relator. A concentração ocorreu no mercado relevante de genética de aves de âmbito internacional e de replicação do material genético em âmbito nacional. O relator, em seu voto, esclarece que, mesmo havendo eficiências em termos de custos e de rivalidade, além da preocupação com a variabilidade de produtos, “é possível que o CADE analise, também, o impacto de outras questões de interesse nacional”, sendo interessante fazer a seguinte reflexão: “se uma operação diminui, consideravelmente, os custos de produção, mas, ao mesmo tempo, prejudica a Biodiversidade, o Direito Concorrencial deve ser neutro em relação a esse fato?”. Mais à frente, o conselheiro afirma:

“Sobre este respeito, considero que a Biodiversidade, como Direito de Terceira Geração, inclusive, está acima dos interesses mercadológicos de curto prazo, mensurados pela simples análise estática e dinâmica das curvas de oferta e demanda, da geração presente. Deve-se preservar, assim, o Direito de gerações futuras em ver o patrimônio genético dos seres vivos preservados. Vocalizando os princípios que embasam a Ordem Econômica Nacional, verifica-se que o Princípio da Livre Concorrência (expresso no inciso IV do art. 170 da CF) está ao lado (sic) princípio de Defesa do Meio-Ambiente (insculpido no inciso VI do mesmo art. 170 do Diploma Constitucional). No âmbito internacional, o Meio-Ambiente é considerado, inclusive, como Direito Humano, havendo reconhecimento expresso do Consumo Sustentável como Princípio Internacional. Assim, é despicienda a quantificação exata das eficiências, para concluir que as empresas não podem e não devem se desfazer, de forma privada, de linhas genéticas que foram adquiridas com a presente operação no curto prazo, mesmo que esta decisão seja a mais ‘eficiente’ sob o ponto de vista dos custos. [...] De acordo com o art. 16 a 19 da Convenção sobre Biodiversidade, a Comunidade Internacional reconhece que deve ser garantido o ‘acesso a tecnologias que sejam pertinentes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica ou que utilizem recursos genéticos e não causem dano sensível ao meio ambiente, assim como a transferência dessas tecnologias [...] A grande questão que se impõe a este Conselho é como resolver a presente antinomia entre uma possível perda na Biodiversidade, na diminuição da variação de produtos disponíveis e na perda informacional *vis-a-vis* a ponderação de eficiências da presente operação [...] preservar a biodiversidade e impedir a concentração excessiva de poder econômico é de interesse comum de todos os países [...]”.

⁴⁵⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.007776/2008-99. Requerentes: Companhia Metalúrgica Prada e outras. Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho. Aprovação condicionada à celebração de TCD, em 09.02.2011.

O conselheiro relator ainda destaca que “no que diz respeito à genética, há uma intersecção relevante entre Política Industrial, Ambiental e Concorrencial, em que é possível haver uma certa interdependência entre estas políticas”, e que aquela operação poderia ser “extremamente eficiente, aumentando os excedentes do produtor⁴⁵⁵ e mesmo do consumidor, diminuindo os preços, mas, também, diminuindo a variedade genética disponível no planeta”, discutindo também a função social do direito de propriedade analisado. A questão da biodiversidade foi, portanto, amplamente debatida pelo Cade, sob o enfoque da preservação da variedade genética disponível à humanidade. Buscou-se assegurar essa preservação, assim como o direito dos consumidores à informação, por meio da celebração de um TCD.

Por fim, fazemos referência a alguns procedimentos em que a abordagem da questão ambiental nos autos de procedimentos administrativos ocorreu com novas formas peculiares. Em ato de concentração⁴⁵⁶, o Cade recebeu notificação extrajudicial oriunda do Município de Patrocínio (MG), que informou sobre a ocorrência de irregularidade no processo de licenciamento ambiental de uma das empresas requerentes e requer, por cautela e em busca da preservação do meio ambiente, nos termos utilizados pelo Procurador Geral do Município, a suspensão do procedimento de autorização para o ato de concentração até o trânsito em julgado da decisão no processo administrativo em trâmite nos órgãos da administração municipais. Em resposta, o Superintendente Geral Interino afirmou que a lei não previa a possibilidade de suspensão ou prorrogação do prazo de análise do ato de concentração para aquela hipótese, e registrou:

“[...] a decisão do órgão se limita aos aspectos concernentes à defesa da concorrência, não fazendo uma análise sob os requisitos para a aprovação da operação com base em critérios como tributário, trabalhista ou ambiental, por exemplo. Assim, eventuais questões relacionadas a Licenciamento Ambiental são analisadas apenas sob a perspectiva da defesa da concorrência e seus impactos no consumidor final.”⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Excedente do produtor refere-se à diferença entre o valor recebido pela venda de uma unidade de produto e o custo de produzi-la (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 99).

⁴⁵⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.001145/2017-07. Requerentes: Vale S.A. e outras. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 31.07.2017.

⁴⁵⁷ Ofício nº 4827/2017/CADE, de 07.05.2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPNsLdwp1Kfv6a0jxwadyJT3TLOxk7TTyXGcWAls1OV3yniuNM9qJ3cBPTQ7h3maltPPkqxHy4MobvZdZDb3Uij>. Acesso em 24.11.2017.

É relevante mencionar, ainda, casos em que as partes assumem manter relações comerciais somente com agentes econômicos que respeitam as normas ambientais ou que adotam determinado padrão de sustentabilidade, ou, ainda, que há uma preferência nesse sentido. São casos em que há registro da existência de discriminação com base em argumento ambiental. Em ato de concentração, foi juntado aos autos comunicado a mercado do qual consta que a JBS possui um compromisso de comprar animais somente de propriedades que sustentam o meio ambiente e que cumprem com as leis vigentes no país, e que a Companhia é “engajada em não adquirir animais de áreas embargadas ou que estejam sob suspeita de descumprirem as leis que regem a sustentabilidade no campo”⁴⁵⁸.

De forma similar, em ato de concentração⁴⁵⁹, como anexo do formulário de notificação do ato de concentração, as partes juntaram artigo intitulado “Os desafios gerenciais e o acesso de produtores a canais de distribuição de FLV no Brasil”⁴⁶⁰, do qual constam algumas informações, como: i) redes de supermercados estão desenvolvendo selos próprios que buscam assegurar padrões de qualidade relacionados à preservação ambiental, dentre outros aspectos; ii) uma das redes entrevistadas cita a responsabilidade social e o respeito ao meio ambiente como exigências para manter um relacionamento mais próximo com o fornecedor, e essa nova característica indica uma tendência para um mercado específico que passa a considerar diferentes valores durante o ato da compra; iii) atacadistas privados, como canais de distribuição, estão estabelecendo padrões privados ou repassando as exigências de qualidade e especificações das embalagens dos clientes finais para os produtores. Há uma tendência de supermercados de médio e grande porte exigirem dos produtores o respeito ao meio ambiente, o que pode ser apontado como uma nova tendência que já existe em mercados estrangeiros, em iniciativas como o *Fair Trade* (Comércio Justo).

Em outros atos de concentração⁴⁶¹, respectivamente: i) uma das empresas alegou que a legislação ambiental, entre outros fatores, é decisiva para determinar sua capacidade produtiva;

⁴⁵⁸ Ato de concentração nº 08700.004230/2012-12. Requerentes: JBS S.A. e outra. Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo. Aprovação condicionada ao cumprimento de obrigações previstas em TCD, em 21.05.2013.

⁴⁵⁹ Ato de concentração nº 08700.010123/2013-04. Requerentes: Hortigil S.A. e outras. Relator Conselheiro. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 13.03.2014.

⁴⁶⁰ YOKOYAMA, Marcos Hideyuki; LOURENZANI, Ana Elisa Bressan Smith; SILVA, Andréa Lago. Anais do IX Simpósio de Administração da Produção, Logística e Operações Internacionais – SIMPOI 2006 – FGV-EAESP.

⁴⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Atos de concentração nºs: 08700.004226/2012-46. Requerentes: JBS S.A. e outras. Relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Aprovação condicionada ao cumprimento das obrigações previstas no Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), em 23.04.2013; e 08700.009764/2015-70. Requerentes: Alumbra Produtos Elétricos e Eletrônicos Ltda. e outras. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 08.10.2015.

e ii) as partes, que pleiteavam aprovação do Cade para constituição de associação, afirmaram ser requisito para empresas tornarem-se associadas a demonstração de regularidade ambiental.*

2.1.2 – Reflexões finais e síntese da análise e da interpretação dos dados

Do resultado da pesquisa extrai-se a conclusão de que, mesmo diante da notória conexão entre as dimensões econômica e ambiental propugnada pela ideia de desenvolvimento sustentável, da possível repercussão concorrencial do fator ambiental, da existência de eficiência e outros benefícios ambientais, da constatação do interesse do consumidor e da coletividade pela sustentabilidade e pela preservação do meio ambiente, da possibilidade de o exercício abusivo de poder econômico estar relacionado à violação de normas ambientais ou ao domínio abusivo de recursos ambientais, é inexpressiva a ocorrência discussão substancial da questão ambiental na análise de estruturas e condutas realizada pelo Cade.

Aspectos ambientais relacionados a estruturas, a condutas e ao exercício de atividades econômicas, salvo caso isolado, não são suscitados pelo Cade. Em geral, tais aspectos, quando suscitados nos procedimentos administrativos em trâmite ou que tramitaram no Cade até 11.01.2018, não o são de forma contundente, com a demonstração da validade do argumento. De qualquer forma, quando suscitados, aspectos ambientais são, via de regra, ignorados na análise antitruste, não havendo, nos pareceres e nas decisões do Cade, sequer menção ao argumento ambiental, ainda que para seu afastamento por eventualmente não ter sido comprovado ou não proceder. Em raras exceções, como se verificou, o aspecto ambiental é objeto de manifestação pelo Cade, mas na quase totalidade dos casos não chega a embasar a decisão final do Conselho. Com isso, o Cade deixa de exercer, com toda a potencialidade de que é dotado, seu papel na consecução do desenvolvimento sustentável.

Confirma-se, portanto, a segunda hipótese de pesquisa: em que pese a existência de um arcabouço jurídico-normativo que define o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável e que legitima a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, essa premissa não se tem projetado na análise antitruste, e as decisões do Cade focalizam apenas aspectos de cunho predominantemente ou estritamente econômico, inclusive quando tratam dos reflexos das condutas e das estruturas para o consumidor e de seus interesses.

Apesar de não ser objeto da pesquisa, registra-se que o contato com as decisões, os pareceres e as notas técnicas do Cade analisados em razão da identificação de termo pesquisado

propiciou a confirmação de que a análise antitruste, no que tange a tal amostragem, resume-se à abordagem de aspectos de cunho predominantemente econômico⁴⁶², confirmando-se a já apontada, no capítulo 1, tendência “a reduzir o Direito da Concorrência a uma metodologia econômica”⁴⁶³. Com menor frequência, são abordadas na análise antitruste questões que fogem à regra de critérios econômicos quantitativos, relacionadas a uma análise qualitativa dos efeitos de estruturas e condutas, como a melhora na qualidade de bens e serviços, o desenvolvimento tecnológico e o bem-estar do consumidor em perspectiva diversa do preço.

2.2 – O resultado do questionário submetido a integrantes e ex-integrantes do Cade: sinalizações a partir de um ponto de vista privilegiado do debate

Para o tratamento do problema de pesquisa, mostra-se necessária, além da compreensão do contexto jurídico-normativo em que se estabelece a relação entre os direitos concorrencial e ambiental, a análise do contexto prático em que tal relação se materializa, o que se fez no item 2.1, no qual se apresentou o resultado da pesquisa que recaiu sobre documentos constantes dos autos de procedimentos administrativos, julgados ou em trâmite no Cade até 11.01.2018, nos quais se identificou a abordagem da questão ambiental.

No âmbito desses procedimentos administrativos, o presidente, os conselheiros, o superintendente-geral e os adjuntos, o procurador-chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade e o procurador do Ministério Público Federal perante o Cade exercem, cada um a sua maneira, influência na formação de tais procedimentos e/ou na tomada de decisão pelo

⁴⁶² A análise antitruste, em geral, gira em torno de aspectos econômicos relativos à definição dos mercados relevantes ou setores envolvidos, às participações de mercado, à possibilidade/probabilidade de exercício de poder de mercado, à sobreposição horizontal e à integração vertical, à existência de cláusulas de não-concorrência, a situações que ensejam exclusividade ou preferências e a sua potencialidade anticompetitiva, à existência de rivalidade no mercado, à existência de barreiras à entrada, à possibilidade de entrada de novos *players* nos mercados afetados ao fechamento de mercado e à restrição à concorrência. São inúmeros os exemplos dessa análise padrão, como em: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Atos de concentração n°s: 08700.009764/2015-70. Requerentes: Alumbra Produtos Elétricos e Eletrônicos Ltda. e outras. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 08.10.2015; 08012.003711/2000-17. Conselheiro Relator Luiz Fernando Rigato Vasconcellos. Aprovação com restrições, em 15.03.2006; 08700.002975/2014-09. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade, em 28.01.2015; 08012.000640/2000-09. Requerentes: Cia. Vale do Rio Doce S.A. (CVRD) e Mineração Socoimex S.A. Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Aprovação com restrições em 10.08.2005; 08012.001921/2012-12. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Aprovação sem restrições, em 23.05.2012; 08012.008719/2009-16. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Aprovação sem restrições, em 09.12.2009. Em alguns casos, trata-se da existência de eficiências econômicas decorrentes da operação. Em menor escala, verifica-se o tratamento da questão do bem-estar ou consumidor, na maior parte das vezes com enfoque no fator preço.

⁴⁶³ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23.

Conselho⁴⁶⁴. Os ocupantes desses cargos, conforme suas competências e atribuições e as dos órgãos que integram⁴⁶⁵, atuam na investigação de condutas; requerem diligências; requisitam informações e esclarecimentos de quaisquer pessoas, órgãos, entidades públicas ou privadas; instauram procedimentos administrativos ou ordenam providências diversas em seu âmbito; contratam exames, vistorias e estudos diversos; propõem, sugerem condições e/ou aprovam TCCs, ACCs e/ou acordos judiciais nos processos relativos a infrações à ordem econômica; e exararam decisões, emitem votos ou pareceres jurídicos no controle de estruturas e condutas realizado pelo Conselho. A atuação desses indivíduos, portanto, é relevante, ou definitiva em algumas hipóteses, para a efetiva ou potencial existência e o estabelecimento dos limites da abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Por tal motivo, compreender o entendimento daqueles que ocuparam esses cargos nos últimos anos, no que tange a questões relacionadas ao tema da pesquisa, mostrou-se um desafio com potencial de agregar subsídios para as discussões presentes neste trabalho. Para o acesso a esse entendimento, submeteu-se questionário aos que ocuparam, entre 29.05.2012 e 10.12.2017, os já mencionados cargos no Cade, grupo integrado por 28 indivíduos. O contato formal com esse público alvo deu-se por e-mail, com a “Carta de apresentação de pesquisadora e submissão de questionário”⁴⁶⁶, com explicações acerca da pesquisa acadêmica⁴⁶⁷ e orientações para o preenchimento do questionário, e o envio do “Questionário”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Os limites da atuação do Ministério Público nos procedimentos administrativos que tramitam no Cade, contudo, são questão controversa. Segundo Fonseca, as atribuições do MPF na defesa da concorrência concretizam-se pela via judicial, uma vez que o órgão não estaria autorizado a contribuir na instrução dos processos e nos julgamentos realizados pelo Tribunal Administrativo do Cade. A presença do MPF no Cade volta-se ao zelo pela observância dos princípios constitucionais e legais relacionados à defesa dos valores da livre competição e concorrência, bem como viabiliza seu acesso a informações necessárias a eventual atuação judicial (FONSECA, Antonio. Nova lei do Cade, visão do MPF. In: FARINA, Laércio et al. *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2013, p. 105-112). Desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, controversa é, ainda, a possibilidade de o Ministério Público officiar, além de em atos de concentração, nos processos administrativos de atos de concentração, havendo quem defenda quem sim, desde que haja potencialidade de prejuízos à concorrência e aos consumidores (PAIVA, Frederico de Carvalho. O Ministério Público nos processos administrativos de atos de concentração. In: FARINA, Laércio et al. *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2013. p. 114).

⁴⁶⁵ As competências e atribuições dos órgãos e dos dirigentes mencionados estão previstas na Lei nº 12.529/2011: do Plenário do Tribunal Administrativo do Cade, no artigo 9º, incisos II, III, V, IX, X, XVIII, XIX e parágrafo 3º; do presidente, no artigo 10, inciso II; dos conselheiros, no artigo 11, incisos I a VII, e IX; da Superintendência-Geral, no artigo 13, incisos I a VI, IX a XI, e XII; da Procuradoria Federal junto ao Cade, no artigo 15, incisos I, e V a VIII; e do Ministério Público Federal, no artigo 20.

⁴⁶⁶ Anexo A.

⁴⁶⁷ O título da dissertação e a descrição do problema de pesquisa na “Carta de apresentação de pesquisadora e submissão de questionário” tiveram sua redação alterada na versão final deste trabalho, porém sem qualquer modificação de sentido para fins de esclarecimento dos respondentes acerca de tais elementos da pesquisa e sem repercussão para as questões e as respectivas respostas disponibilizadas no questionário.

⁴⁶⁸ Anexo B.

Por meio da referida Carta de apresentação, os integrantes do público alvo do questionário foram informados de que seus comentários e respostas seriam interpretados como manifestação pessoal e em nome próprio, não sendo considerados representativos de posicionamento institucional do Cade sobre as questões, e que seriam utilizados em análises qualitativa e quantitativa, no âmbito desta pesquisa. Eles foram cientificados de que, na publicação dos resultados da pesquisa, a apresentação de dados e informações acerca de respostas, comentários ou entendimentos manifestados seria realizada sem associá-los aos respondentes individualmente, preservando a confidencialidade da sua identidade. Foi-lhes informado, também, que, sobre eles, seria mencionado apenas que integram grupo formado por ocupantes e ex-ocupantes de determinados cargos no Cade entre 29.05.2012 e 10.12.2017.

A formulação do questionário, observando o propósito principal da pesquisa e um de seus objetivos específicos, buscou apurar o entendimento dos respondentes sobre as seguintes questões da pesquisa: hipóteses de possível abordagem da questão ambiental na análise antitruste; objetivos, princípios, regras e valores orientadores do antitruste; e eventuais obstáculos ou dificultadores à citada abordagem.

Uma das funções do questionário foi a de auxiliar a testagem da primeira hipótese de pesquisa, em que se assume como variável independente a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro e como variável dependente a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Foram estabelecidos os seguintes indicadores para a mensuração e o teste de tais variáveis, com base no entendimento dos respondentes: i) consideração da violação de normas ambientais na análise antitruste, em controle de condutas, como infração à ordem econômica ou de outras formas, com requisitos ou não; ii) afastamento do argumento de que a conquista de mercado por parte de empresa violadora de normas ambientais resulta de processo natural fundado em maior eficiência em relação aos concorrentes, em controle de condutas, diante da violação de normas ambientais, com requisitos ou não; iii) consideração do marketing ambiental enganoso, em controle de condutas, como infração à ordem econômica ou de outras formas, com requisitos ou não; iv) consideração de eficiências ambientais na análise antitruste, em controle de estruturas, com requisitos ou não; v) consideração da violação de normas ambientais na análise antitruste, em controle de estruturas, como impeditivo da aprovação de ato de concentração ou com outras repercussões; vi) consideração como fundamentos, objetivos, princípios e valores que orientam a interpretação e aplicação do antitruste brasileiro, os fundamentos e os objetivos

constitucionais da República Federativa do Brasil; os princípios orientadores da ordem econômica em sua integralidade, entre os quais a defesa do meio ambiente; o paradigma do desenvolvimento sustentável; os interesses e o bem-estar da coletividade como abrangentes do interesse no meio ambiente ecologicamente equilibrado; vii) admissão da competência do Cade para o tratamento de questões ambientais; viii) admissão de que o tratamento da questão ambiental é abrangido pelo escopo da análise antitruste; e ix) a quase inexistência de discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste, entre outras possíveis causas, em razão de as empresas não apresentarem ao Cade, em seus pedidos de aprovação de operação ou nas justificativas para a conquista de mercado, argumentos relacionados a eficiências ambientais; de que os concorrentes, as entidades e os órgãos legitimados para a defesa ambiental, entre outros possíveis legitimados e interessados, não costumam apresentar ao Cade representações, informações ou qualquer outra contribuição para incitar ou fomentar a discussão de questões ambientais na análise antitruste; de que o Cade não tem recursos humanos e/ou materiais para tratar de questões ambientais; de que a incorporação da discussão da questão ambiental na análise antitruste tornaria essa análise excessivamente subjetiva, complexa e demorada.

O público alvo do questionário é um grupo de indivíduos qualificado para o debate proposto, o que se confirma, inclusive, pela experiência adquirida em decorrência de sua atuação junto ao Cade e pela exigência feita pela Lei nº 12.529/2011⁴⁶⁹ para alguns dos cargos, de que o indivíduo possua notório saber jurídico ou, conforme o caso, notório saber jurídico ou econômico. Essa característica permitiu que a aplicação do questionário dispensasse determinadas explicações aos respondentes sobre conceitos, terminologias, contextualização e estado da arte de discussões relacionadas às questões formuladas, ao mesmo tempo que propiciou a elaboração de questões mais complexas, que demandam o conhecimento da matéria e a compreensão de sutilezas entre diferentes opções de respostas disponibilizadas e possíveis.

O questionário foi formulado com questões de múltipla escolha, com opções de respostas (“a”, “b”, “c”, etc.) ora alternativas, ora complementares, ora excludentes entre si ou umas de outras, sendo a última opção de resposta sempre aberta à formulação livre de resposta

⁴⁶⁹ “Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão julgante, tem como membros um presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal”; “Art. 12. [...] § 1º O superintendente-geral será escolhido entre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal”; “Art. 16. O procurador-chefe será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, entre cidadãos brasileiros com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada”.

e/ou comentários, como modo de controle de vieses relacionados às respostas. O público alvo foi orientado a, para cada pergunta, marcar tantas opções de resposta quantas lhe parecessem pertinentes e/ou utilizar a opção aberta para resposta diversa e/ou comentários. Houve orientação para que se considerassem duas premissas para responder ao questionário: a primeira, de que a constatação de violação a normas ambientais pode ocorrer de diversos modos, como, por exemplo, com base em decisão definitiva em processo administrativo ou judicial ou em manifestação de entidades ou órgãos públicos ambientais; e a segunda premissa, de que a constatação do uso de marketing ambiental enganoso pode dar-se de formas variadas, como, por exemplo, com base em manifestação de órgãos voltados à defesa do consumidor. O público alvo foi orientado, ainda, a considerar, como eficiências ambientais, os benefícios, em termos de proteção, conservação e preservação ambiental, resultantes de uma estrutura ou conduta, como: i) a redução da geração de poluição ou do uso de recurso natural por uma atividade econômica; ii) a melhora da qualidade de um produto em razão da agregação de atributos de sustentabilidade; e iii) a alteração na produção ou no uso de um produto que passa a dar-se de modo menos agressivo ao meio ambiente.

Conforme orientação da literatura especializada⁴⁷⁰, houve acompanhamento do retorno do questionário durante o prazo estipulado para tanto. Em mais duas oportunidades, os integrantes do público alvo foram contatados e foi-lhes exposta a importância de sua participação para a realização da pesquisa acadêmica, além de ter sido prorrogado o prazo para recebimento de respostas, conforme suportado pelo cronograma de pesquisa. Pôde-se contar com a colaboração de 16 respondentes, tendo-se obtido, portanto, retorno de 57,14% do público alvo. Esse percentual pode ser considerado alto, pois a literatura especializada indica que, na prática, uma média de apenas 25% do público devolve questionários respondidos⁴⁷¹.

Pôde-se contar, ademais, com a colaboração de um dos integrantes do público alvo do questionário, o qual se disponibilizou a debater, verbalmente, o tema de pesquisa, de forma não estritamente atrelada ao questionário, tecendo seus comentários de modo livre. Desses comentários foi tomada nota, e serão eles reproduzidos e discutidos ao longo do presente item, em razão de sua relevância para o enriquecimento do debate. No entanto, não é possível traduzi-los nas opções de respostas disponibilizadas no questionário, nem os considerar como opção de

⁴⁷⁰ CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativos, quantitativos e misto*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 183.

⁴⁷¹ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 184.

resposta livre por pressupor-se que não se enquadram nas respostas sugeridas, pois isso caberia apenas ao próprio colaborador, principalmente em razão de especificidades das opções de respostas e, em alguns casos, do limite tênue entre elas. Assim, as manifestações do colaborador não serão mensuradas e apresentadas nos dados numéricos e percentuais dos resultados, ou seja, não subsidiarão a pesquisa quantitativa, pois podem gerar variação nesses resultados e afetar sua confiabilidade, em razão de não terem obedecido ao método de investigação adotado.

O resultado obtido com a submissão de questionário contribuiu com subsídios para os debates em torno das hipóteses de pesquisa e sua testagem. Considerado o quadro de quase inexistência de uma abordagem substancial da questão ambiental na análise antitruste, não fosse a submissão do questionário, pouco se saberia acerca do entendimento do público alvo sobre o tema da pesquisa, ou, no máximo, ter-se-iam suposições. Isso porque praticamente não há manifestações suas sobre o tema em autos processuais, nem há produção literária, de sua parte, a respeito do assunto. Além disso, a submissão do questionário permitiu a consecução de outro objetivo específico da pesquisa, consistente em identificar possíveis obstáculos ou dificultadores para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, com base nas respostas dadas pelo público alvo às indagações.

Nos subitens a seguir, comentam-se cada uma das questões e respectivas opções de resposta disponibilizadas no questionário, e descrevem-se, interpretam-se, analisam-se e produzem-se dados sobre as respostas e os comentários recebidos dos respondentes e o resultado obtido. As tabelas mencionadas neste item foram inseridas como anexo⁴⁷² do presente trabalho, com destaque para as Tabelas 1 e 2, que permitem a visualização de um quadro geral com a indicação das opções de respostas assinaladas pelos respondentes, individualmente – sem a identificação dos indivíduos –, em cada uma das questões, o resultado final e os percentuais de marcação de cada opção de resposta sobre o total de respondentes. Ressalva-se, por fim, que os comentários dos respondentes e do colaborador são objeto de tratamento também em outros capítulos/itens/subitens deste trabalho, na medida de sua pertinência em relação ao objeto da pesquisa e ao assunto tratado em cada tópico⁴⁷³, sem que haja a repetição, neste item, de

⁴⁷² Anexo C.

⁴⁷³ Registra-se que, nesse sentido, foram tratadas, principalmente, as seguintes matérias: a competência do Cade para o tratamento da questão ambiental; a suposta sobreposição da atuação do Cade em relação às atribuições de órgãos ambientais, quanto ao tratamento da questão ambiental; os pressupostos para a questão ambiental ser objeto de abordagem na análise antitruste; e o argumento de perda de objetividade da análise antitruste com a introdução da discussão ambiental em seu âmbito.

discussões já ocorridas em tópico mais oportuno, para evitar-se o rompimento da estrutura lógica estabelecida para o trabalho.

2.2.1 – Questão 1: violação de normas ambientais e infração à ordem econômica

Com a primeira questão⁴⁷⁴, objetivou-se compreender o entendimento dos respondentes sobre se a violação de normas ambientais deve ser considerada na análise antitruste em controle de condutas e como deve ser interpretada no âmbito dessa análise.

O resultado obtido com essa questão indica que 50% dos respondentes entendem que a violação de normas ambientais deve ser considerada como infração à ordem econômica ou como uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, desde que tenha como desdobramento efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36⁴⁷⁵ da Lei nº 12.529/11.

Em seguida, foram assinaladas com maior frequência, por 25% dos respondentes, duas opções de resposta, sendo uma a que afirmava que a violação a normas ambientais deve ser considerada como fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável⁴⁷⁶, desde que tenha o mesmo desdobramento mencionado no

⁴⁷⁴ “1 – A violação de normas ambientais pode permitir a uma empresa o desenvolvimento de sua atividade econômica com vantagem concorrencial frente aos concorrentes que não incidem na mesma conduta ilícita. Isso ocorre, por exemplo, quando o desrespeito à determinada lei ambiental viabiliza a uma empresa a utilização de insumo ao qual os concorrentes não têm acesso, com aproveitamento para a melhora da qualidade de seus produtos/serviços, ou quando a violação de norma ambiental permite a redução dos custos de produção e a oferta do produto a um preço menor. Diante dessa possibilidade, no seu entendimento, na análise antitruste em controle de condutas, a violação de normas ambientais: a) deve ser considerada infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso VI, da Constituição Federal (CF); b) não configura infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, mas fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso VI, da CF; c) apenas no caso de ter como desdobramento efeito previsto em inciso do art. 36 da Lei nº 12.529/11474, deve ser considerada infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica; d) apenas no caso de ter como desdobramento efeito previsto em inciso do art. 36 da Lei nº 12.529/11, deve ser considerada como fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável; e) não deve ser considerada na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise; f) [Resposta e/ou comentários livres]”.

⁴⁷⁵ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: 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. [...]”.

⁴⁷⁶ Nos termos do artigo 45, inciso I, da Lei nº 12.529/2011.

parágrafo anterior. A outra opção é a que declarava que a violação de normas ambientais não deve ser considerada na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise⁴⁷⁷.

Um dos respondentes, que assinalou a opção de resposta majoritária, também manifestou que a violação de normas ambientais configura, independentemente de seus efeitos potenciais ou efetivos, fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, em razão de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no artigo 170, inciso VI, da CF, não se lhe exigindo que tenha como desdobramento efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

Nenhum dos respondentes entende que a violação de normas ambientais deve ser considerada infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica de forma independente, sem que se lhe exija como desdobramento efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

Um dos respondentes expôs que os princípios protetores do meio ambiente devem ser observados em qualquer atividade pública ou privada, regulada ou sujeita ao escrutínio do poder público, devendo a atividade econômica ser desenvolvida em consonância com o disposto no artigo 170, inciso VI, da CF. Segundo ele, dada a especificidade da lei antitruste, contudo, apenas no caso de mostrarem-se possíveis os efeitos previstos no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 é que ficaria caracterizada a infração à ordem econômica, além de o ato em desacordo com o princípio constitucional de defesa do meio ambiente dever ser considerado como agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica.

Outro respondente propõe reflexão sobre se toda violação a regras ambientais geraria efeitos competitivos ou econômicos para quem a pratica. Questiona por qual motivo as empresas violam regras ambientais, se não por motivos econômicos. Segundo ele, é possível que a violação a regras ambientais gere vantagens competitivas para as empresas que a praticam e, ao que tudo indica, empresas violam essas regras justamente para obter benefícios, parecendo existir uma correlação forte entre violação ambiental e efeitos anticompetitivos, o que

⁴⁷⁷ Os respondentes que assim se posicionaram – presume-se em razão de orientação constante da “Carta de apresentação” – entendem que a violação de normas ambientais não deve ser considerada na análise antitruste nem mesmo quando a constatação da referida violação decorrer de decisão definitiva em processo administrativo ou judicial ou de manifestação de entidades ou órgãos públicos ambientais, mesmo que tenha como desdobramento efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

necessitaria ser testado economicamente. O respondente acrescenta que, independentemente de infrações a normas de qualquer espécie serem capazes de gerar efeitos anticompetitivos, as violações a normas ambientais que geram esses efeitos são de competência do Cade, como infração prevista no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 e não como violação ambiental em si.

Um terceiro respondente afirma que se mostrou difícil aderir a uma das opções de resposta disponibilizadas no questionário, por serem gerais e porque é necessária uma avaliação do caso concreto para decidir se uma violação a normas ambientais tem repercussão para a análise antitruste. Em razão disso, teria optado por responder que tal violação não deve ser considerada nessa análise, não representando infração para o antitruste. O respondente ponderou que o cumprimento de normas ambientais pode levar a soluções não adequadas para a defesa da concorrência, mas que pode ser um atenuante na esfera antitruste, evitando-se a configuração da infração à ordem econômica. Observa-se que se trata, na realidade, de mais um respondente que admite a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, a despeito de sua opção de resposta destoar dessa conclusão. Isso reforça o resultado final obtido com a questão, apesar de não ser possível computar essa conclusão na medição dos resultados.

Por sua vez, um quarto respondente observa que uma das premissas presentes na questão, a de que os concorrentes do violador de normas ambientais não incidem na mesma violação, nem sempre será de fácil comprovação.

A questão suscitou a manifestação de um quinto respondente, para o qual, apesar de a defesa do meio ambiente ter sido alçada à condição de princípio da ordem econômica, o antitruste não seria o instrumento adequado ou eficaz para promoção da tutela ambiental. Segundo ele, se a violação a normas ambientais provocasse a incidência de sanções fundadas na lei antitruste, o mesmo teria de ocorrer nas hipóteses de violação a normas tributárias, trabalhistas ou de direito civil. Argumenta ser pressuposto de incidência da lei concorrencial, para caracterização de infração ou dosimetria de penas, que o agente violador seja detentor de posição dominante e que os efeitos potenciais sobre a dinâmica do processo competitivo sejam relacionados ao abuso no seu exercício. A violação a normas ambientais, conforme o respondente, não pressupõe a existência de posição dominante, muito menos o abuso no seu exercício, não havendo que se falar em aplicação de sanções fundadas na legislação antitruste.

O colaborador expôs entendimento de que a violação de normas ambientais gera, via de regra, menor custo de produção para uma empresa, permitindo-lhe direcionar o valor

correspondente para impulsionar sua competitividade, eventualmente ganhando percentuais de participação no mercado e aumentando seu poder econômico. Mas se, por tal motivo, a violação ambiental devesse ser considerada infração à ordem econômica, outras condutas, como a sonegação de impostos, também deveriam sê-lo. Logo, admitir esse raciocínio para a infração da legislação ambiental autorizaria o mesmo para toda e qualquer infringência de lei. Segundo ele, o Cade não tem competência para apreciar a questão ambiental, além de que haveria sobreposição de atuação em relação aos legitimados por lei para a defesa do meio ambiente, a qual, no mais, seria matéria para a regulação, e não para o antitruste, pois o que gera o ilícito concorrencial é o abuso de poder econômico e não a violação de qualquer norma. Tratar da questão ambiental na análise antitruste suprimiria a objetividade dessa análise, que, atualmente, é realizada com instrumentos de econometria e modelos econômicos que não comportam a discussão ambiental. Por fim, afirmou que o órgão antitruste não tem, em seu corpo, a especialização necessária para o adequado tratamento de matéria ambiental.

2.2.2 – Questão 2: violação de normas ambientais e eficiência econômica

Com a segunda questão⁴⁷⁸, também buscou-se compreender o entendimento dos respondentes sobre se e como a violação de normas ambientais deve ser considerada na análise antitruste em controle de condutas. Porém, tratou-se da repercussão de tal violação para a análise antitruste especificamente na hipótese em que o agente econômico, com vistas a descaracterizar o ilícito previsto no inciso II⁴⁷⁹ do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, relativo a domínio de mercado relevante, argumenta que sua conquista de mercado resulta de

⁴⁷⁸ “2 – No seu entendimento, na análise antitruste em controle de condutas, diante da violação de normas ambientais, o argumento de que a conquista de mercado por parte da empresa violadora resulta de processo natural fundado em maior eficiência em relação aos concorrentes (art. 36, § 1º, da Lei nº 12.529/11): a) deve sempre ser afastado, uma vez que o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostra-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso VI, da CF; b) deve ser afastado desde que haja nexo de causalidade entre a violação de normas ambientais e a suposta maior eficiência em relação aos concorrentes, da qual derive a conquista de mercado; c) deve ser analisado de forma independente da questão da violação de normas ambientais, uma vez que esta não deve ser considerada na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise; d) [Resposta e/ou comentários livres]”.

⁴⁷⁹ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; [...]”.

processo natural, fundado em maior eficiência em relação aos seus concorrentes⁴⁸⁰, nos termos do parágrafo 1º do mesmo dispositivo⁴⁸¹.

O resultado obtido com a questão indica que 50% dos respondentes entendem que, diante da violação de normas ambientais, o argumento de que a conquista de mercado pelo agente violador resulta de processo natural fundado em maior eficiência deve ser afastado na análise antitruste, desde que haja nexo de causalidade entre tal violação e a suposta eficiência. Na sequência, foi indicada por 25% dos respondentes a opção de resposta no sentido de que o mencionado argumento deve ser analisado de forma independente da questão da violação de normas ambientais, uma vez que tal violação não deve ser considerada na análise antitruste, pois sua apreciação fugiria ao escopo dessa análise. E, por fim, foi assinalada por 18,75% dos respondentes a opção que afirmava que tal argumento deve sempre ser afastado, independentemente da discussão sobre nexo de causalidade, pois o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostra-se em desacordo com o artigo 170, inciso VI, da CF.

Um dos respondentes que apresentou comentários entende que a violação a normas ambientais afasta o argumento baseado no artigo 36, parágrafo 1º, da Lei nº 12.529/11, porque o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostra-se em desacordo com o princípio constitucional da defesa do meio ambiente. Para ele, a violação dessas normas com vistas a tornar-se mais competitivo e eficiente é uma violação clara das regras de concorrência existentes no mercado e faz com que o processo competitivo deixe de ser natural. O respondente expôs que a concorrência é justa quando todos os players respeitam todas as regras existentes.

Outro respondente ponderou que a questão deveria ser analisada conforme o caso concreto, mas que optou por responder que a violação de normas ambientais não deve ser considerada na análise antitruste. Segundo ele, caberia ao Estado e/ou ao denunciante o ônus da prova do dano ambiental e de seu nexo de causalidade com a vantagem competitiva indevida. Por fim, afirma que gera dúvidas a necessidade de, na esfera concorrencial, ter de provar-se o dolo ou a culpa daquele que viola normas ambientais. Observa-se que se trata, na realidade, de mais um respondente que admite a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, a

⁴⁸⁰ Entendeu-se que a discussão sobre eficiência mereceu um questionamento apartado da questão 1, por ser possível que os respondentes compreendessem os dois problemas de forma distinta.

⁴⁸¹ “Art. 36. [...] § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo”.

despeito de sua opção de resposta destoar dessa conclusão. Isso reforça o resultado final obtido com a questão, apesar de não ser possível computar essa conclusão na medição dos resultados.

Um terceiro respondente, que não assinalou opção de resposta disponibilizada, em resposta livre manifestou que a violação a normas ambientais, por si, não constitui hipótese de incidência da legislação antitruste, não fazendo sentido cogitar de eficiências compensatórias.

2.2.3 – Questão 3: marketing ambiental enganoso e infração à ordem econômica

Com a terceira questão⁴⁸², intencionou-se conhecer o entendimento dos respondentes acerca de como deve ser tratado, na análise antitruste em controle de condutas, o marketing ambiental (ecológico ou “verde”) enganoso, consistente na associação a produto, serviço ou atividade empresarial, em publicidade, de informações falsas acerca de atributos relacionados à sustentabilidade e a benefícios (ou ausência ou redução de malefícios) ao meio ambiente, considerando que tal artifício pode propiciar à empresa que o pratica vantagem concorrencial diante dos concorrentes que não adotam a mesma prática⁴⁸³.

O resultado das respostas a essa questão indica que 43% dos respondentes entendem que o marketing ambiental enganoso deve ser considerado infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, desde que tenha como desdobramento

⁴⁸² “3 – O marketing ambiental (ou “verde”) enganoso, com a associação a produto, serviço ou atividade empresarial, em publicidade, de informações falsas acerca de atributos relacionados à sustentabilidade e a benefícios (ou ausência ou redução de malefícios) ao meio ambiente, pode propiciar à empresa que utiliza de tal artifício vantagem concorrencial frente aos concorrentes que não adotam a mesma prática. Diante dessa possibilidade, no seu entendimento, na análise antitruste em controle de condutas, o uso de marketing ambiental enganoso: a) deve ser considerado infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso V, da CF; b) não configura infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, mas fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso V, da CF; c) apenas no caso de ter como desdobramento efeito previsto em inciso do art. 36 da Lei nº 12.529/11, deve ser considerado infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica; d) apenas no caso de ter como desdobramento efeito previsto em inciso do art. 36 da Lei nº 12.529/11, deve ser considerado como fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável; e) enseja o afastamento de argumento no sentido de que a conquista de mercado, pela empresa que adotou a prática lesiva, resultou de processo natural fundado em sua maior eficiência em relação aos concorrentes (art. 36, § 1º, da Lei nº 12.529/11), desde que haja nexo de causalidade entre o uso de marketing ambiental enganoso e a suposta eficiência; f) não deve ser considerado na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise; g) [Resposta e/ou comentários livres]”.

⁴⁸³ Optou-se por tratar do marketing ambiental enganoso individualmente – e, não, do marketing enganoso em geral –, em razão de seu caráter multifacetário, que possibilita discussões sobre sua repercussão nas esferas consumerista, concorrencial e ambiental, e porque a questão ambiental, aqui, tem apelos e efeitos diversos os de outras questões relacionadas a marketing enganoso, conforme se abordará no item 3.2.

efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11. Na sequência, 31,25% dos respondentes assinalaram opção de resposta que afirmava que o marketing ambiental enganoso não deve ser considerado na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise.

Foi indicada por 18,75% dos respondentes a resposta que afirmava que o marketing ambiental enganoso enseja o afastamento de argumento no sentido de que a conquista de mercado, pelo agente que adotou o artifício, resultou de processo natural fundado em sua maior eficiência em relação aos concorrentes, desde que haja nexo de causalidade entre seu uso e a suposta eficiência. Dois terços desses respondentes assinalaram concomitantemente a opção majoritária, o que não influencia o resultado, uma vez que são opções independentes.

Apenas 12,5% dos respondentes manifestaram entendimento de que o marketing ambiental enganoso deve ser considerado como fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, desde que tenha como desdobramento efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11. Um dos respondentes, que também indicou essa possibilidade de configuração do marketing ambiental enganoso, entende, contudo, ser desnecessário o desdobramento mencionado, pois o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos, por si só, já se mostra em desacordo com o disposto no artigo 170, inciso V, da CF.

Um dos respondentes que expressou que a questão do marketing ambiental enganoso não deve ser considerada na análise antitruste, esclareceu que entende que tal questão recebe tratamento mais adequado por meio do instituto da concorrência desleal.

Outro respondente afirma que a resposta dependeria de cada caso concreto, mas que, para adotar uma das opções de resposta disponibilizadas, assinalou a que afirma que o marketing ambiental enganoso não deve ser considerado na análise antitruste. O respondente pondera que não há diferenças entre o marketing ambiental enganoso e qualquer outro marketing enganoso. Mas afirma que há situações diferentes, como a de empresa com alta participação de mercado que, deliberadamente, utiliza-se de marketing ambiental enganoso para excluir concorrente do mercado. Nesse caso, segundo ele, haveria violação da lei antitruste, mas ressalta que o marketing teria sido um meio para excluir, ilicitamente, um concorrente do mercado. Observa-se que se trata, na realidade, de mais um respondente que admite a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, a despeito de sua opção de

resposta destoar dessa conclusão. Isso reforça o resultado final obtido com a questão, apesar de não ser possível computar essa conclusão na medição dos resultados.

2.2.4 – Questão 4: eficiências ambientais e atos de concentração econômica

Com a quarta questão⁴⁸⁴, buscou-se conhecer o entendimento dos respondentes sobre a alegação de eficiências ambientais em pedidos de aprovação de ato de concentração econômica. Questionou-se se a indicação e a demonstração de que a operação pretendida gera tais eficiências é ou não um elemento que deve ser considerado na análise antitruste em controle de estruturas e em que termos isso deve ocorrer.

O resultado para essa questão indica a prevalência, entre os respondentes, de duas opções assinaladas igualmente por 37,5% deles. Uma delas afirmava que a eficiência ambiental deve ser considerada na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, pois a defesa do meio ambiente é princípio orientador da ordem econômica, conforme artigo 170, inciso VI, da CF. A outra resposta admitia o mesmo, apontando, contudo, outra justificativa: que a eficiência ambiental representa um benefício compartilhado com os consumidores, nos termos do artigo 88, parágrafo 6º, inciso II⁴⁸⁵, da Lei nº 12.529/11.

Na sequência, foram assinaladas por 31,25% dos respondentes duas opções. A primeira afirmava que a eficiência ambiental deve ser considerada na decisão sobre a aprovação do ato de concentração porque pode significar aumento da competitividade da empresa, melhora na

⁴⁸⁴ “4 – No seu entendimento, na análise antitruste em controle de estruturas, em pedidos de aprovação de ato de concentração econômica, a indicação e demonstração pelas partes de que a operação pretendida gera “eficiências ambientais”: a) é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, assim como ocorre em relação a eficiências de caráter predominantemente econômico, pois a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, é um princípio orientador da ordem econômica (art. 170, inciso VI, da CF); b) é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, pois “eficiências ambientais” podem significar aumento da competitividade da empresa, melhora na qualidade de seus bens ou serviços e/ou, ainda, serem, ao mesmo tempo, eficiências econômicas (objetivos tratados no art. 88, § 6º, inciso I, da Lei nº 12.529/11); c) é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, pois “eficiências ambientais” representam benefício compartilhado com os consumidores (objetivo tratado no art. 88, § 6º, inciso II, da Lei nº 12.529/11); d) é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, desde que a “eficiência ambiental” somente possa ser obtida por meio da operação para a qual se requer autorização; e) não é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, por não se tratar de escopo do antitruste a defesa do meio ambiente; f) não é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, por não corresponder a uma eficiência econômica; g) [Resposta e/ou comentários livres]”.

⁴⁸⁵ “Art. 88. [...] § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: [...] II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. [...]

qualidade de seus bens ou serviços e/ou ser, ao mesmo tempo, uma eficiência econômica, objetivos tratados no artigo 88, parágrafo 6º, inciso I⁴⁸⁶, da Lei nº 12.529/11. Do total de respondentes, 25% deles indicaram essas três primeiras opções concomitantemente. A segunda opção de resposta é a que também afirmava que a eficiência ambiental deve ser considerada na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, mas desde que tal eficiência somente possa ser obtida por meio da operação para a qual se requer autorização ao Cade.

Por fim, 12,5% dos respondentes entendem que a eficiência ambiental não é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração porque não se trata de escopo do antitruste a defesa do meio ambiente, e nenhum respondente assinalou a opção que afastava a eficiência ambiental da análise antitruste sob o argumento de que não corresponde a uma eficiência econômica.

Um dos respondentes comentou que a eficiência ambiental é alcançada com a produção da mesma quantidade de produtos ou serviços, causando, contudo, menos danos ambientais, o que leva à conclusão de que é associada à eficiência econômica. Outro respondente ressaltou que as eficiências ambientais, para serem consideradas, devem ser específicas da operação e devidamente quantificadas.

Um terceiro respondente, que não assinalou opção de resposta disponível no questionário, manifestou seu entendimento de que, no controle de condutas, a prioridade do antitruste é o consumidor e, no controle de estruturas, qualquer eficiência ambiental é secundária em relação ao benefício do preço menor ou do mesmo preço, porém com maior qualidade, decorrente da operação. Para ele, seria incorreto que uma eficiência ambiental fosse considerada para compensar prejuízo aos consumidores. Assim, apesar de o respondente, em tese, admitir a discussão da questão ambiental na análise antitruste, pondera que: é uma variável menos influente na análise antitruste; seu exame poderia dificultar essa análise; já há autoridades responsáveis pelo tratamento de infrações ambientais; e a utilização do Cade tornar efetivas as normas ambientais é similar ao que se pretendeu, por vezes, em relação à proteção do trabalhador, o que não teria tido êxito no Conselho. Observa-se que se trata, na realidade, de

⁴⁸⁶ “Art. 88. [...]: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; [...]”. Mencionado parágrafo 5º assim dispõe: “§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo”.

mais um respondente que admite a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, a despeito de sua opção de resposta destoar dessa conclusão. Isso reforça o resultado final obtido com a questão, apesar de não ser possível computar essa conclusão na medição dos resultados.

Um quarto respondente, que também não assinalou opção de resposta disponível no questionário, manifestou seu entendimento de que a concorrência, como vetor e catalisador do desenvolvimento econômico, não constituiria um valor absoluto e que o ordenamento jurídico brasileiro admite a sua relativização e harmonização com outros princípios constitucionais, principalmente com aqueles que informam a ordem econômica. Sem prejuízo, o mandato legal conferido à autoridade antitruste, extraído do artigo 9º da Lei nº 12.529/2011, não contempla a realização dessa ponderação, a qual é reservada à lei. De acordo com o respondente, sob essa perspectiva, eficiências ambientais somente poderiam fundamentar a aprovação de atos de concentração quando associadas ao aperfeiçoamento do processo produtivo e se forem específicas da operação sob análise. Assim, trata-se, na realidade, de mais um respondente que admite a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, com as devidas ressalvas, a despeito de sua opção de resposta destoar dessa conclusão. Isso reforça o resultado final obtido com a questão, apesar de não ser possível computar essa conclusão na medição dos resultados.

2.2.5 – Questão 5: violação de normas ambientais e exercício abusivo de poder econômico

Com a quinta questão⁴⁸⁷, objetivou-se compreender o entendimento dos respondentes sobre a relação entre a violação de normas ambientais e o exercício abusivo de poder econômico

⁴⁸⁷ “5 – Considerando que as relações de dominação da natureza são geradoras de poder econômico e que a aprovação de um ato de concentração econômica pode significar o aumento ou a consolidação de poder econômico em favor de empresas violadoras de normas ambientais, no seu entendimento, na análise antitruste em controle de estruturas: a) não devem ser aprovados atos de concentração que tenham como parte empresa violadora de normas ambientais ou com passivo ambiental, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, da CF, com destaque para seu inciso VI; b) não devem ser aprovados atos de concentração que tenham como parte empresa à qual é atribuída grave ou reiterada violação de normas ambientais ou passivo ambiental relevante, considerados parâmetros a serem estabelecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ou, ainda, o juízo discricionário da autoridade antitruste nessa avaliação em cada caso concreto; c) a aprovação de atos de concentração que tenham como parte empresa violadora de normas ambientais ou com passivo ambiental deve ser condicionada à celebração ACC ou ocorrer mediante a imposição de condições/restrições à operação, com o objetivo de fazer com que a empresa proceda à regularização de sua situação ou, subsidiariamente, promova “eficiências ambientais” compensatórias; d) a análise de pedidos de aprovação de atos de concentração deve considerar a regularidade ambiental das empresas envolvidas, cabendo ao Cade, todavia, valorar livremente esse elemento, apreciando-o juntamente com os demais aspectos e efeitos da operação (fechamento de mercado, eficiências econômicas, etc.); e) a regularidade ambiental das empresas envolvidas em um pedido de aprovação de ato de concentração não é um elemento que deve ser considerado pela análise antitruste no controle de estruturas, por não se tratar de escopo do antitruste a defesa do meio ambiente; f) [Resposta e/ou comentários livres]”.

relacionado à dominação de recursos ambientais, bem como seus efeitos para a análise antitruste em controle de estruturas⁴⁸⁸.

O resultado dessa questão indica que 31,25% dos respondentes assinalaram a opção de resposta que afirmava que a regularidade ambiental das empresas requerentes de aprovação de ato de concentração não é um elemento que deve ser considerado pelo Cade.

Contudo, 25% dos respondentes assinalaram a opção de resposta que afirmava que a aprovação de atos de concentração que tenham como parte empresa violadora de normas ambientais ou com passivo ambiental deve ser condicionada à celebração de ACC ou ocorrer mediante a imposição de condições ou restrições à operação, com o objetivo de que a empresa proceda à regularização de sua situação ou, subsidiariamente, promova eficiências ambientais compensatórias. E outros 25% dos respondentes escolheram a opção de resposta que declarava que a análise de estruturas deve considerar a regularidade ambiental das empresas envolvidas, cabendo ao Cade valorar, livremente, esse elemento.

Um dos respondentes manifestou seu entendimento de que não devem ser aprovados atos de concentração que tenham como parte agente violador de normas ambientais ou com passivo ambiental, em razão de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o artigo 170, inciso VI, da CF. E, por fim, nenhum dos respondentes assinalou a opção de resposta que afirmava que não devem ser aprovados atos de concentração que tenham como parte empresa à qual é atribuída grave ou reiterada violação de normas ambientais ou passivo ambiental relevante, considerados parâmetros a serem estabelecidos pelo Cade ou o seu juízo discricionário nos casos concretos.

Um dos respondentes observou que a violação às normas ambientais permite que a empresa violadora produza bens e serviços a custos mais baixos e torne-se mais competitiva que suas concorrentes. Em razão disso, na análise de um ato de concentração, o Cade deveria, ao identificar que a empresa requerente infringe regras ambientais, impor-lhe restrições por meio de ACC ou de decisão terminativa, porém somente no que é possível, conforme o mandato da autoridade antitruste: na promoção de ambiente competitivo. Assim, segundo o respondente,

⁴⁸⁸ Pretendeu-se estabelecer uma gradação de possíveis reações do Cade entre a primeira e a quinta opção de resposta: da reprovação do ato de concentração, conforme gravidade e relevância das violações e dos passivos ambientais; à aprovação do ato condicionada à celebração de acordo ou mediante a imposição de condições ou restrições à operação; à consideração da regularidade ambiental das requerentes, com livre valoração e tratamento da questão ambiental; até a completa indiferença quanto à questão ambiental na análise antitruste. Isso não significa que as opções são excludentes entre si, podendo algumas delas ser, inclusive, complementares.

a imposição, pelo Cade, de restrição à operação, em casos como esse, deve objetivar a retirada da eficiência obtida em consequência, por exemplo, da adoção de uma tecnologia poluidora, a qual resulta em ação predatória em relação à empresa que adota tecnologia não poluidora. A imposição da restrição, nesse caso, seria direcionada a reduzir a participação de mercado da empresa violadora de normas ambientais, pela elevação dos custos de produção com efeitos diretos sobre a redução da quantidade produzida, entre outras medidas.

Outro respondente, que não assinalou opção de resposta disponível no questionário, manifestou seu entendimento de que se deve avaliar se a violação a normas ambientais permite à empresa o exercício unilateral de poder de mercado ou dificulta a entrada de outras empresas regulares no mercado. Observa-se que se trata, na realidade, de mais um respondente que admite a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, o que reforça o resultado final obtido com a questão, apesar de não ser possível computar essa conclusão na medição dos resultados.

Um terceiro respondente, que manifestou entendimento no sentido de que a regularidade ambiental deve ser considerada no controle de estruturas, cabendo ao Cade valorar livremente esse elemento, acrescentou em seus comentários que deve haver nexo de causalidade entre a operação e os problemas ambientais detectados para que o Cade adote “remédios” voltados à sua mitigação ou solução. Explicou que, se os problemas ambientais aumentarem a probabilidade de exercício de poder de mercado pela empresa resultante da operação, o Cade deve impor restrições à aprovação do ato de concentração, condicionando-a à adoção de “remédios ambientais”. Segundo ele, a celebração de ACC facilitaria o estabelecimento desses remédios, em razão de seu caráter voluntário, mas, ainda assim, não se deveria prescindir do nexo de causalidade entre os remédios e a operação. Ele também destacou o papel do Ministério Público Federal na comunicação de violações a normas ambientais, a quem cabe a defesa de direitos coletivos e difusos e que participa do processo antitruste.

Um quarto respondente, que também não assinalou opção de resposta disponível no questionário, manifestou que não há fundamento legal ou constitucional para o Cade restringir ou reprovatar atos de concentração com base em violação a normas ambientais, mesmo que previamente reconhecida por órgãos competentes. Segundo ele, nos termos da Lei nº 12.529/2011, um ato de concentração só poderia ser restringido ou rejeitado se implicasse eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, criasse ou reforçasse uma posição dominante, ou resultasse na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

2.2.6 – Questão 6: fundamentos, objetivos, princípios e valores do antitruste

Na sexta questão⁴⁸⁹, indaga-se quais fundamentos, objetivos, princípios e valores orientam a interpretação e a aplicação do antitruste brasileiro, disponibilizando-se diversas opções de resposta, sendo algumas mais aderentes à ideia da abordagem da questão ambiental na análise antitruste (“b”, “e”, “k” e “l”), e outras, indiferentes ou contrárias, conforme interpretação que se venha a conferir-lhes.

O resultado obtido com a questão é o de que 81,25% dos respondentes entendem que a interpretação e a aplicação do antitruste brasileiro encontram fundamentos, objetivos, princípios e valores orientadores nos ditames constitucionais citados no artigo 1º da Lei nº 12.529/11. Do total de respondentes, 50% assinalaram exclusivamente essa opção, e 31,25% assinalaram-na conjuntamente com outras opções de resposta disponibilizadas no questionário.

⁴⁸⁹ “6 – No seu entendimento, quais fundamentos, objetivos, princípios e valores orientam a interpretação e aplicação do antitruste brasileiro? a) os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, expressos nos arts. 1º e 3º da CF, dentre os quais: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; b) os valores e princípios orientadores da ordem econômica, com destaque para os indicados no artigo 170 da CF: valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, justiça social, soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente (inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação), redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País; c) os ditames constitucionais citados no art. 1º da Lei nº 12.529/11, quais sejam, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico; d) o princípio retributivo, relativo à distribuição de benefícios à sociedade; e) o desenvolvimento sustentável, que forja o conceito de eficiência econômica para abranger, por exemplo, formas mais equilibradas de usar os insumos necessários à produção e distribuição de produtos/serviços; f) a repressão ao abuso de poder econômico em todas as suas formas; g) a efetiva concorrência; h) a efetiva competitividade; i) a eficiência econômica (alocativa, produtiva ou dinâmica); j) o bem-estar do consumidor, relacionado a benefícios decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômico, tal como a redução do preço de um produto/serviço; k) o bem-estar do consumidor, relacionado a benefícios de naturezas diversas, não apenas decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômico. Isso porque a ordem econômica constitucional e, mesmo, as normas de defesa do consumidor, apontam para a proteção de interesses variados: benefícios resultantes de “eficiências ambientais”, como o acesso a produtos mais sustentáveis; acesso à informação; liberdade de escolha; dentre outros aspectos que culminam na promoção de dignidade humana e justiça social; l) o bem-estar da sociedade, relacionado não apenas a benefícios compartilhados especificamente com os consumidores dos produtos e serviços envolvidos com a estrutura ou conduta analisada, abrangendo também benefícios compartilhados com outros grupos de interesses que, de qualquer forma, sofram impactos da atividade econômica em questão, como a comunidade onde instalada uma indústria. Não se restringe a benefícios decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômico, abrangendo benefícios de diversas naturezas, inclusive resultantes de “eficiências ambientais”, como o acesso a produtos mais sustentáveis. Isso porque a ordem econômica constitucional e a titularidade dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 12.529/11 apontam para uma preocupação com o bem-estar da coletividade e o resguardo de interesses variados, como a preservação do meio ambiente; m) as políticas públicas; n) as políticas econômicas especificamente; o) [Resposta e/ou comentários livres]”. Observação: na alternativa “d”, onde se lê “retributivo”, leia-se “redistributivo”.

Um percentual de 50% dos respondentes entende que a interpretação e a aplicação do antitruste brasileiro encontram fundamentos, objetivos, princípios e valores orientadores na ordem econômica constitucional, na qual se insere o princípio da defesa do meio ambiente. Essa opção foi indicada como única resposta por 18,75% dos respondentes.

As demais opções foram escolhidas de forma pulverizada pelos demais respondentes. Foram assinaladas por 31,25% dos respondentes as opções de resposta que remetiam: à repressão ao abuso de poder econômico em todas as suas formas; à efetiva concorrência; à efetiva competitividade; e ao bem-estar do consumidor, relacionado a benefícios decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômico. Foram assinaladas por 25% dos respondentes as opções de respostas que faziam referência: aos fundamentos e aos objetivos da República Federativa do Brasil, expressos nos artigos 1º e 3º da CF; às políticas públicas; ao bem-estar do consumidor, relacionado a benefícios de naturezas diversas, não apenas decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômicas, incluindo-se os decorrentes de eficiências ambientais. Os respondentes que assinalaram quaisquer dessas opções de resposta indicaram também outras opções disponibilizadas no questionário.

Do total de respondentes, 18,75% assinalou opções de resposta que se referiam ao desenvolvimento sustentável e à eficiência econômica; e 12,5% dos respondentes indicou as opções de resposta que remetiam ao princípio redistributivo e ao bem-estar da coletividade relacionado a benefícios econômicos e outros, inclusive ambientais, compartilhados não apenas com os consumidores, mas também com outros grupos de interesses que sofram impactos da atividade econômica em questão. Por fim, um dos respondentes indicou como resposta as políticas econômicas especificamente. Os respondentes que assinalaram quaisquer dessas opções de resposta indicaram também outras opções disponibilizadas no questionário.

Apesar da diversidade de opções de resposta, apenas 31,25% dos respondentes escolheram mais de uma opção de resposta disponibilizada. Um dos respondentes, que assinalou todas as opções de resposta, à exceção das que remetiam a políticas públicas e a políticas econômicas especificamente, ressaltou que todos os fundamentos mencionados precisariam, todavia, ser analisados sob o viés da dinâmica competitiva, sob pena de ampliação indesejável do objeto do antitruste e da falta de controle sobre suas metodologias.

Outro respondente comentou que, em que pese o artigo 170 da CF tratar da defesa do meio ambiente como princípio norteador da ordem econômica, a consideração da eficiência

ambiental ou da violação a normas ambientais na análise antitruste deve ocorrer quando os ditames constitucionais previstos no artigo 1º da Lei nº 12.529/11 forem lesados. De acordo com o respondente, a questão ambiental somente é relevante para a aplicação do antitruste quando afetar a livre concorrência e a livre iniciativa.

Um terceiro respondente, quanto à opção de resposta que afirmava que a interpretação e a aplicação do antitruste brasileiro pautavam-se nos ditames constitucionais citados no artigo 1º da Lei nº 12.529/11, ressaltou que se deve, todavia, conferir-lhes interpretação ampla a esses ditames. Segundo ele, isso permitiria abranger outros objetivos que constam das demais opções de resposta disponíveis, a depender do caso concreto. O respondente citou como exemplo a função social da propriedade, e da empresa, abrangente de seu regular funcionamento, com geração de emprego e renda, o que poderia implicar, em dado caso concreto, aceitar maior concentração e poder de mercado para manter uma empresa em funcionamento.

2.2.7 – Questão 7: obstáculos ou dificultadores da abordagem da questão ambiental na análise antitruste

Finalmente, com a sétima questão⁴⁹⁰, buscou-se obter o entendimento dos respondentes sobre os motivos pelos quais, até aquele momento, a discussão da questão ambiental na análise antitruste não era habitual. A intenção foi compreender, a partir do ponto de vista do público alvo, quais seriam os possíveis obstáculos ou dificultadores para tal abordagem.

Um percentual de 56,25% dos respondentes assinalou a opção de resposta que afirmava que o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais, e 31,25% dos respondentes indicaram a opção segundo a qual a abordagem da questão ambiental foge ao escopo da análise antitruste, ainda que o Cade possa contar com a colaboração de entidades ou órgãos públicos

⁴⁹⁰ “7 – No seu entendimento, quais são os motivos pelos quais, hoje, a discussão da questão ambiental na análise antitruste não é habitual? a) o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais; b) o Cade não tem recursos humanos e/ou materiais para tratar de questões ambientais; c) a incorporação da discussão da questão ambiental na análise antitruste tornaria essa análise excessivamente subjetiva, mais complexa e demorada; d) o tratamento de questões ambientais foge ao escopo da análise antitruste, ainda que o Cade possa contar com a colaboração de entidades ou órgãos públicos ambientais para auxiliá-lo, por exemplo, manifestando-se sobre a constatação da violação de normas ambientais ou a existência de passivo ambiental; e) em seus pedidos de aprovação de ato de concentração ou nas justificativas para a conquista de mercado, as empresas não têm apresentado ao Cade argumentos relacionados a “eficiências ambientais”; f) os concorrentes, as entidades e os órgãos legitimados para a defesa do meio ambiente, dentre outros possíveis legitimados/interessados, não têm apresentado ao Cade representações, informações ou qualquer outra forma de contribuição para incitar ou fomentar a discussão de questões ambientais na análise antitruste, seja no controle de estruturas, seja no de condutas; g) [Resposta e/ou comentários livres]”.

ambientais para auxiliá-lo, por exemplo, manifestando-se sobre a constatação da violação de normas ambientais ou a existência de passivo ambiental⁴⁹¹.

Do total de respondentes, 31,25% assinalaram apenas a primeira opção de resposta mencionada, e um deles indicou somente a segunda opção, de forma que 37,5% dos respondentes escolheram exclusivamente uma das duas opções de resposta citadas, o que indica que compreenderam a diferença entre elas. Ao mesmo tempo, 25% dos respondentes indicaram, essas duas opções de resposta concomitantemente, o que permite, com base em uma das interpretações possíveis, concluir que são contrários à abordagem da questão ambiental na análise antitruste em qualquer hipótese. Mas a análise e a interpretação do posicionamento dos respondentes em relação a essas duas opções de respostas não é tarefa simples, devendo-se considerar aspectos a seguir comentados antes de chegar-se a qualquer conclusão.

A despeito de, na quase totalidade das questões contidas no questionário, estar presente a discussão sobre a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, não se definiu expressamente, na carta de apresentação de pesquisadora ou no próprio questionário, os significados de afirmar-se que o Cade tem competência para tal abordagem e de que o escopo da análise antitruste abrange a questão ambiental. É possível que tenha havido interpretações diversas da pretendida acerca desses significados, uma vez que é contraditório o resultado da aplicação do questionário: ao mesmo tempo que a maioria dos respondentes posicionou-se favorável à abordagem da questão ambiental na análise antitruste nas questões de 1 a 5 – com os devidos requisitos, ressalvas e limites contidos nas respectivas opções de resposta e nos comentários individuais –, na questão 7, a maioria também assinalou opções de resposta que afastam tal abordagem do âmbito da competência do Cade ou do escopo da análise antitruste.

⁴⁹¹ O modo como são redigidas tais opções de resposta, respectivamente “a” e “d”, faz com que, a priori, representem o próprio posicionamento do respondente sobre a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, e não apenas o que ele entende ser um obstáculo para tal abordagem. A intenção foi a de que a opção “d” fosse mais rigorosa que a “a”, ao afastar a possibilidade da abordagem comentada ainda que se contasse com a colaboração de entidades e órgãos ambientais para manifestarem-se sobre a violação de normas ambientais ou a existência de passivo ambiental, ou seja, ainda que se afaste a responsabilidade do Cade para decidir sobre a ocorrência desses. A opção “d” mostrava-se mais abrangente, portanto, também do ponto de vista de que, se o Cade não tinha competência nem naquela hipótese, não teria em qualquer outra. A opção “a”, propositadamente genérica, objetivou que as justificativas para a indicação da falta de competência do Cade pudessem ser as mais variadas, assim como: a falta, como regra, de uma conexão entre a violação ambiental e a finalidade ou potencialidade de ter-se como desdobramento efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011; a impossibilidade de o Cade dar a palavra final a respeito da existência de violação a normas ambientais ou de passivos ambientais, entre outras que se vislumbrassem pertinentes. Ao mesmo tempo, no contexto das opções de respostas à questão 7, a opção “a” permitiria interpretar que, a contrário senso da opção “d”, com a colaboração dos órgãos e das entidades ambientais, por exemplo, caberia ao Cade conferir tratamento às questões ambientais que afetassem a concorrência.

Essa situação é confirmada não apenas com o teste de correlações, objeto de análise no subitem 2.2.8, mas com amparo em preciso comentário de respondente à questão 7, o qual, apesar de ter respondido que o Cade não detém competência para tratar de questões ambientais – opção majoritária –, esclareceu que, conforme indicado por suas respostas aos demais questionamentos, entendia pelo cabimento da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, desde que fosse detectado efeito anticoncorrencial previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, e que eficiências ambientais poderiam ser consideradas em controle de concentrações caso representassem benefícios decorrentes da operação. Assim, mostra-se provável que outros respondentes tenham realizado o mesmo raciocínio.

Passando-se às demais opções de resposta, tem-se que um mesmo percentual de 25% de respondentes assinalou as opções que afirmam, respectivamente, que a incorporação da discussão da questão ambiental na análise antitruste tornaria essa análise excessivamente subjetiva, mais complexa e demorada, e que os concorrentes, as entidades e os órgãos legitimados para a defesa do meio ambiente, entre outros possíveis legitimados ou interessados, não têm apresentado ao Cade representações, informações ou qualquer outra forma de contribuição para incitar ou fomentar a discussão de questões ambientais na análise antitruste. Entre os respondentes, 18,75% deles apontaram como resposta que, em seus pedidos de aprovação de ato de concentração ou nas justificativas para a conquista de mercado, as empresas não têm apresentado ao Cade argumentos relacionados a eficiências ambientais. O mesmo número de respondentes, por fim, afirmou que o Cade não tem recursos humanos e/ou materiais para tratar de questões ambientais.

Dois respondentes, apesar de não terem assinalado a opção de que o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais, observaram, respectivamente, que há entendimento nesse sentido na comunidade antitruste e que há uma resistência do Cade à discussão da questão ambiental na análise antitruste, o que justificaria não ser ela habitual.

Outro respondente ponderou que o antitruste é um tema ainda pouco discutido fora dos órgãos que tratam de defesa da concorrência no Brasil, de modo que as autoridades competentes para tratar da questão ambiental têm pouco entendimento a respeito da relação existente entre violação de normas ambientais e concorrência. Por esse motivo, entende que há duas formas de solucionar o problema: o Cade celebrar convênio com as autoridades ambientais para obter informações sobre questões ambientais, e incluir nos formulários de submissão de ato de concentração um item relacionado a pendências ambientais das requerentes. Segundo ele, com

essa informação, o Cade poderia investigar a pendência e verificar se gera efeitos anticompetitivos no mercado relevante de atuação, como o preço predatório, e em caso afirmativo, poderia condicionar a aprovação do ato à solução da pendência e/ou instaurar, de ofício, inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica.

Um terceiro respondente observou ser possível traçar um paralelo entre questões ambientais, tributárias, trabalhistas, de regulação setorial, entre outras, e afirmou que caberia reflexão sobre se e como o Cade poderia endereçar um desequilíbrio concorrencial gerado por ilegalidade em relação ao recolhimento de contribuição social, por exemplo. Ademais, registrou que caberia refletir se o Cade pode desconsiderar norma regulatória em sua análise, seja na avaliação sobre o conhecimento ou não da operação, seja na ponderação da política pública informadora da norma, bem como se o Conselho poderia ou deveria considerar eficiências puramente econômicas decorrentes da mitigação de uma política pública.

Um quarto respondente manifestou que a questão ambiental não seria horizontal, não perpassaria todos os setores de atividades econômicas e não seria automaticamente levada ao conhecimento do Cade pelas empresas, sendo essa a razão pela qual não assinalou as opções de resposta que indicavam a ausência de menção à questão ambiental por parte das requerentes de atos de concentração e a inércia dos concorrentes e outros agentes na contribuição para incitar essa discussão na análise antitruste. Daí advém a adequação de apontar-se, como possíveis motivos para a ausência de habitualidade dessa discussão, a falta de competência e de recursos humanos e materiais do Cade para tratar de questões ambientais e o fato de que a incorporação da questão ambiental tornaria a análise antitruste mais complexa e demorada e menos objetiva.

Como já se adiantou, um quinto respondente, apesar de ter assinalado a opção de resposta no sentido de que o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais, esclareceu que, conforme indicado por suas respostas às demais questões, entende que o Cade detém tal competência quando identificados os efeitos anticoncorrenciais previstos no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, e que eficiências ambientais podem ser consideradas em controle de concentrações, com base no artigo 88, parágrafo 6º, inciso II, da mesma lei, ou seja, quando representarem benefícios decorrentes da operação.

O colaborador expôs seu entendimento no sentido de que o Cade não tem competência e infraestrutura de pessoal para tratar de matéria ambiental, além de que haveria sobreposição de atuação em relação aos órgãos ambientais e legitimados para a defesa do meio ambiente.

Ademais, segundo ele, seria prejudicada a objetividade da análise antitruste, que hoje é realizada com base em modelos econômicos que não comportam discussão ambiental.

2.2.8 – Correlações entre respostas às questões de 1 a 7

As questões de 1 a 5 são voltadas à investigação sobre o entendimento do público alvo do questionário sobre possíveis hipóteses de abordagem da questão ambiental na análise antitruste. A formulação dessas questões objetivou expor os respondentes a situações em que a defesa da livre concorrência se defronta com a violação de normas ambientais, o uso de marketing ambiental enganoso e a presença de eficiências ambientais decorrentes de uma operação, os quais podem repercutir no ambiente concorrencial. As opções de resposta disponibilizadas no questionário para essas questões buscaram colocar em discussão possíveis controvérsias e debater a matéria.

As questões 6 e 7, por sua vez, foram formuladas com a intenção de investigar, respectivamente, o entendimento do público alvo sobre fundamentos, objetivos, princípios e valores que orientam a interpretação e a aplicação do antitruste brasileiro e eventuais razões pelas quais a discussão da questão ambiental na análise antitruste não é habitual. O entendimento dos respondentes, teoricamente, definiria suas respostas às questões 1 a 5, pois as questões 6 e 7 trataram de pressupostos orientadores da atuação do Cade nas hipóteses descritas nas demais questões.

Por meio da questão 6, buscou-se compreender se, no entendimento dos respondentes, são fundamentos, objetivos, princípios e valores norteadores do antitruste a defesa do meio ambiente (“b”), o desenvolvimento sustentável (“e”), o bem-estar do consumidor, abrangente do interesse pela preservação do meio ambiente (“k”) e o bem-estar da coletividade, como titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (“l”), entre outros elementos. As opções citadas (“b”, “e”, “k” e “l”) representariam, conforme arcabouço teórico estruturado no capítulo 1, uma maior abertura à abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Também em relação à questão 6, com a opção de resposta “c”, que remete ao artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, objetivou-se compreender se haveria adesão a ela desacompanhada das demais opções de resposta que remetem, de forma mais direta, à CF, como a “a” e a “b”, tendo em vista que, como já tratado no subitem 1.1.3, tal dispositivo não menciona princípios orientadores da ordem econômica, como a defesa do meio ambiente. Assim, a escolha da opção

de resposta “c” sem que se assinalasse, concomitantemente, opções como “b”, “e”, “k” e “l” – opções mais expressamente aderentes à abordagem da questão ambiental na análise antitruste – indicaria um entendimento do respondente no sentido de que o fator ambiental não deve ser considerado na análise antitruste, apontando para um possível obstáculo ou dificultador para a abordagem da questão ambiental nessa análise.

Ainda que o artigo 1º da Lei nº 12.529/2011 faça menção aos princípios da função social da propriedade e da defesa do consumidor, os quais, conforme desenvolvido no capítulo 1, conectam-se ao fator ambiental, isso não foi suficiente para garantir a existência de discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste, conforme comprovado no item 2.1. Assim, embora, no presente trabalho, tais princípios sejam compreendidos como vetores para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, na prática, esse entendimento não se tem projetado. Por tal motivo, mostra-se pertinente investigar como aqueles que assinalaram a opção “c” desacompanhada de opções mais explicitamente aderentes à abordagem da questão ambiental (como “b”, “e”, “k” e “l”) reagem em suas respostas às questões de 1 a 5, ou, se para as questões de 1 a 5, também assinalaram opções mais aderentes a essa abordagem.

Por meio da questão 7, perseguiu-se uma explicação para a inexpressividade do número de casos em que houve discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste, destacando-se as opções disponíveis de resposta no sentido da falta de competência do Cade para tratar de questões ambientais (“a”) e de o tratamento da questão ambiental não estar abrangido pelo escopo da análise antitruste (“d”), o que, por sua vez, está relacionado à concepção que se tem dos fundamentos, objetivos, princípios e valores que orientam a interpretação e a aplicação do antitruste, objeto de tratamento pela questão 6.

Na análise individual do resultado obtido com as questões de 1 a 5, observou-se a prevalência do entendimento, entre os respondentes, pela admissão da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, na forma e com as ressalvas, as limitações e os pressupostos expostos ao longo deste item 2.2. Nesse sentido, tem-se o seguinte resultado⁴⁹²: i) 75% dos respondentes, nas questões 1⁴⁹³ e 4⁴⁹⁴; ii) 68,75% deles, nas questões 2⁴⁹⁵ e 3⁴⁹⁶; e iii) 56,25%

⁴⁹² Conforme Tabelas 1 e 2.

⁴⁹³ Assim considerados os que assinalaram as respostas “a”, “b”, “c” e/ou “d”.

⁴⁹⁴ Assim considerados os que assinalaram as respostas “a”, “b”, “c” e/ou “d”.

⁴⁹⁵ Assim considerados os que assinalaram as respostas “a” e/ou “b”.

⁴⁹⁶ Assim considerados os que assinalaram as respostas “a”, “b”, “c”, “d” e/ou “e”.

deles, na questão 5⁴⁹⁷. Ao mesmo tempo, o entendimento majoritário expresso sobre a questão 7, por parte de 62,50% dos respondentes, foi o de que o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais e/ou o tratamento dessas questões foge ao escopo da análise antitruste (opções “a” e/ou “d”). Individualmente, essas opções de resposta foram indicadas por 56,25% e 31,25% dos respondentes, respectivamente, e 25% deles assinalaram ambas as opções.

Observou-se, na questão 6, os seguintes percentuais de escolha, pelos respondentes, das opções de resposta mais explicitamente aderentes à possibilidade de abordagem da questão ambiental na análise antitruste: i) opção de resposta “b”: 50% dos respondentes; ii) opção “e”: 18,75% deles; iii) opção “k”: 25% deles; e iv) opção “l”, 12,5% deles. Tais percentuais podem ser considerados baixos em comparação com o percentual de escolha das opções que admitiam a abordagem da questão ambiental na análise antitruste nas questões de 1 a 5. A opção “c”, por sua vez, foi escolhida isoladamente ou acompanhada da opção “o” (resposta livre/comentários) por 50% dos respondentes, além de ter sido assinalada por 81,25% dos respondentes, porém, nesse caso, conjuntamente com outras opções, entre as quais, “b”, “e”, “k” e “l”.

Em razão dessas aparentes possíveis contradições na interpretação inicial do entendimento expresso pelos respondentes e para melhor compreensão de seu comportamento e posicionamento sobre a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, testaram-se algumas correlações possíveis entre as respostas, apresentando-se, a seguir, o resultado dessas correlações, as quais correspondem às Tabelas 3 a 12, anexas ao presente trabalho⁴⁹⁸. Do

⁴⁹⁷ Assim considerados os que assinalaram as respostas “a”, “b”, “c” e/ou “d”.

⁴⁹⁸ Sucintamente: i) Tabelas 3, 4 e 5: apresentam, respectivamente, correlações entre as respostas daqueles que, para a questão 7, assinalaram “a” e/ou “d”, apenas “a” e apenas “d” – afastando da competência do Cade e/ou do escopo da análise antitruste o tratamento da questão ambiental – e, para a questão 1, “a”, “b”, “c” e/ou “d”; para a questão 2, “a” e/ou “b”; para a questão 3, “a”, “b”, “c”, “d” e/ou “e”; para a questão 4, “a”, “b”, “c” e/ou “d”; e para a questão 5, “a”, “b”, “c” e/ou “d” – opções de resposta que implicam a admissão da abordagem da questão ambiental na análise antitruste nas questões de 1 a 5. Nessas tabelas, assim como nas demais, há duas colunas em que se apresentam percentuais. A segunda delas, denominada “Proporção 2”, apresenta o percentual representativo do número de ocorrências em relação ao total de respondentes (16 indivíduos). A primeira coluna, denominada “Proporção 1”, apresenta o percentual de respondentes considerado sobre o total dos respondentes que assinalaram as opções de resposta indicadas para a questão 7 apenas. Assim, na Tabela 3, a proporção considera o total de 10 respondentes (que assinalaram “a” e/ou “d”), na Tabela 4, considera o total de 9 respondentes (que assinalaram “a”), e na Tabela 5, considera o total de 5 respondentes (que assinalaram “d”); ii) Tabela 6: como forma de reforçar a verificação do resultado constante das Tabelas 3, 4 e 5, apresentam-se correlações entre as respostas daqueles que, para a questão 7, responderam “a” e/ou “d”, e que, para as questões de 1 a 5, assinalaram as opções de respostas que não admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, não testadas na primeira correlação. São estas as respostas: para a questão 1, “e”; para a questão 2, “c”; para a questão 3, “f”; para a questão 4, “e” e “f”; e para a questão 5, “e”. A coluna “Proporção 1” apresenta o percentual de respondentes considerado sobre o total dos respondentes que assinalaram as opções de resposta indicadas para a questão 7, ou seja, sobre 10; iii) Tabelas 7 a 11: apresentam-se as correlações entre as respostas daqueles que, para a questão 6, assinalaram as opções “b”, “e”, “k” e/ou “l”, opções de resposta mais explicitamente aderentes à possibilidade de abordagem da

resultado de correlações, pôde-se extrair que, entre os respondentes que assinalaram, na questão 7, a opção de que o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais e/ou de que o tratamento dessas questões foge ao escopo da análise antitruste (opções “a” e “d”, respectivamente), no mínimo 50% deles, em todas as questões de 1 a 5, assinalaram respostas que admitem a abordagem da questão ambiental nessa análise⁴⁹⁹, sendo, especificamente: i) 50% deles, nas questões 2, 3 e 5; ii) 60% deles, na questão 1; e iii) 70% deles, na questão 4. A maior parte dos respondentes que, para a questão 7, assinalaram a opção de resposta “d”, nas questões de 1 a 5, optou por respostas que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, na proporção de 60% deles⁵⁰⁰. Os respondentes que, para a questão 7, assinalaram a opção de resposta “a”, nas questões de 1 a 5, escolheram as opções de resposta favoráveis à abordagem da questão ambiental na análise antitruste nos seguintes percentuais: i) 44%, nas questões 2, 3 e 5; ii) 56%, na questão 1; e iii) 67%, na questão 4⁵⁰¹.

Tal resultado indica possível contradição entre as respostas dadas pelos respondentes à questão 7 e o posicionamento adotado ao longo do questionário. É possível que os respondentes, na questão 7, ao optar pela resposta “a” e/ou “d”, e, nas questões de 1 a 5, ao assinalar respostas que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, tenham tido os mesmos raciocínio e comportamento tidos por outro respondente, cujo elucidativo comentário já foi objeto de registro anterior. Tal respondente manifestou que, a despeito de ter respondido na questão 7, que o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais, entende que o Conselho detém essa competência quando forem detectados os efeitos anticoncorrenciais previstos no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, e que eficiências ambientais podem ser

questão ambiental na análise antitruste, e, para a questão 1, “a”, “b”, “c” e/ou “d”; para a questão 2, “a” e/ou “b”; para a questão 3, “a”, “b”, “c”, “d” e/ou “e”; para a questão 4, “a”, “b”, “c” e/ou “d”; e para a questão 5, “a”, “b”, “c” e/ou “d”, ou seja, as opções de resposta que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. A coluna “Proporção 1” apresenta o percentual de respondentes considerado sobre o total dos respondentes que assinalaram as opções de resposta indicadas para a questão 7, ou seja, respectivamente, para as Tabelas 7 a 11, sobre: 8, 8, 3, 4 e 2; iv) Tabela 12: mostra as correlações entre as respostas daqueles que, para as questões de 1 a 5, apontaram as mesmas opções de respostas que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste e, para a questão 6, assinalaram as opções “c” ou “c” e “o” de forma não concomitante com qualquer outra opção, restringindo os fundamentos do antitruste aos ditames constitucionais citados no artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, entre as opções de resposta disponibilizadas. A coluna “Proporção 1” apresenta o percentual de respondentes considerado sobre o total dos respondentes que assinalaram as opções de resposta indicadas para a questão 7, ou seja, sobre 8.

⁴⁹⁹ Conforme Tabela 3.

⁵⁰⁰ Conforme Tabela 5.

⁵⁰¹ Conforme Tabela 4. Esse resultado mostrou-se curioso, uma vez que, como já registrado, a opção de resposta “d”, teoricamente, seria mais rigorosa do que a “a” no que tange à admissibilidade da abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Entretanto, proporcionalmente, os que responderam “d” para a questão 7 aderiram em percentual maior, em comparação com os que responderam “a” para a mesma questão, às opções de respostas que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste ao responderem às questões de 1 a 5.

consideradas em controle de concentrações quando se apresentarem como benefícios decorrentes da operação. Essa conclusão é reforçada pelo fato de que apenas a minoria dos respondentes que, para a questão 7, optou pela resposta “a” e/ou “d”, assinalou, nas questões de 1 a 5, respostas que inadmitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste⁵⁰². Apesar de 50% dos 10 respondentes terem manifestado esse entendimento na questão 3, nas questões 1, 2 e 5, 40% deles assim se posicionaram, e, na questão 4, apenas 20% deles.

Por tal motivo, resta parcialmente prejudicada a tentativa de estabelecimento de um resultado e de extrair conclusões dessas opções de respostas para a questão 7. Uma compreensão ampla das respostas assinaladas em todo o questionário indica ser altamente questionável a afirmação de que os respondentes que assinalaram “a” e/ou “d” para a questão 7 inadmitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Sem prejuízo, é possível fazer algumas inferências⁵⁰³, como a de que houve uma aceitação maior, entre esses respondentes, da abordagem da questão ambiental na análise antitruste no controle de condutas, relativamente ao reconhecimento da violação de normas ambientais com repercussão para a concorrência como uma infração à ordem econômica ou um fator agravante da pena, e, no controle de estruturas, da admissão de eficiências ambientais.

Pelas correlações feitas, podemos extrair também que os respondentes que, para a questão 6, assinalaram qualquer das opções de resposta mais explicitamente aderentes à possibilidade de abordagem da questão ambiental na análise antitruste (“b”, “e”, “k” e “l”), nas questões 1 a 5, em sua maioria, assinalaram opções de resposta que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste⁵⁰⁴, nos seguintes percentuais: i) 75% deles, na questão 5; ii) 88% deles, nas questões 1 e 4; e iii) 100% deles, nas questões 2 e 3⁵⁰⁵. Ao mesmo tempo, entre os 8 respondentes que, para a questão 6, assinalaram exclusivamente a opção “c”, ou esta opção e a opção “o” (resposta ou comentários livres), verifica-se que um percentual bastante

⁵⁰² Conforme Tabela 6.

⁵⁰³ Conforme Tabelas 3 e 4.

⁵⁰⁴ Conforme Tabela 7.

⁵⁰⁵ O mesmo percentual foi observado para aqueles que indicaram a opção que remete aos valores e aos princípios orientadores da ordem econômica (“b”), conforme Tabela 8. Entre os demais, a adesão a opções de resposta mais explicitamente aderentes à possibilidade de abordagem da questão ambiental na análise antitruste, nas questões de 1 a 5, é ainda maior: i) entre os que indicaram, para a questão 6, a opção que remete ao bem-estar da sociedade (“l”), 100% deles, conforme Tabela 11; ii) entre os que assinalaram a opção do bem-estar do consumidor (“k”), 100% deles, salvo para a questão 4, com 75% deles, conforme Tabela 10; iii) entre os que indicaram a opção que trata do desenvolvimento sustentável (“e”), 100% deles, salvo para a questão 1, com 67% deles, conforme Tabela 9. Entre os que optaram pela resposta que remetia ao artigo 1º da Lei nº 12.529/2011 (“c”), houve o percentual mais baixo de adesão, variando entre 38%, nas questões 2, 3 e 5, e 63%, nas questões 1 e 4, conforme Tabela 12.

inferior assinalou opções que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste: i) 63% deles, nas questões 1 e 4; e ii) 38% deles⁵⁰⁶, nas questões 2, 3 e 5. Esse resultado leva à conclusão de que os que entendem como norte do antitruste apenas os ditames constitucionais contidos no artigo 1º da Lei nº 12.529/2011 tendem a ser menos receptivos à abordagem da questão ambiental na análise antitruste – ou, mesmo, a inadmiti-la –, diferentemente dos que, para a questão 6, de forma ampla, assinalaram qualquer das opções de resposta explicitamente aderentes à possibilidade dessa abordagem.

2.2.9 – Reflexões finais, síntese da análise e interpretação dos dados

O resultado obtido com a aplicação do questionário contribui para o aprofundamento das reflexões sobre questões diversas discutidas no presente trabalho e para a testagem da primeira hipótese de pesquisa, na medida em que fomenta o debate sobre o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável e a existência de um aparato jurídico-normativo que sustente a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Tal resultado aponta para a confirmação da primeira hipótese de pesquisa, uma vez que mostra o posicionamento majoritário dos respondentes, na quase totalidade das questões, em favor da abordagem citada.

Ao mesmo tempo, subsidia as reflexões necessárias para a testagem da terceira hipótese de pesquisa, contribuindo para a formulação da proposta de nova interpretação e aplicação do antitruste (item 1.2) e para as hipóteses de abordagem da questão ambiental na análise antitruste (capítulo 3). Ademais, viabiliza o cumprimento de dois objetivos específicos da pesquisa, com a produção de dados, sua análise e interpretação do resultado obtido mediante a submissão do questionário, e com a identificação de possíveis obstáculos ou dificultadores para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, o que será a seguir sintetizado.

O público alvo do questionário é um grupo de indivíduos qualificado para o debate proposto, o que, por um lado, pôde conferir, na maior parte das vezes, confiabilidade à pesquisa no que tange à interpretação do resultado obtido com a submissão do questionário, na medida em que diminui o espectro de insegurança quanto ao discernimento e à compreensão dos respondentes sobre as questões e à sua opção consciente nas respostas, menos suscetível a eventual enviesamento contido nas questões formuladas. Por outro lado, o senso apurado de tal público torna-o mais crítico quanto às respostas disponibilizadas previamente. Sua

⁵⁰⁶ Conforme Tabela 12.

compreensão das questões debatidas pode implicar opções de resposta mais complexas e até incompatíveis com o formato de questionário, com sua disponibilidade de tempo para atender à pesquisa, entre outros fatores, o que pode prejudicar a correspondência entre sua manifestação e seu real entendimento sobre as questões. Assim, a pesquisa qualitativa sobre o conteúdo das respostas e a análise quantitativa do resultado obtido não se mostraram tarefa simples, seja pela subjetividade naturalmente presente em parcela das pesquisas nas ciências sociais aplicadas, como é o caso desta, seja pelo grau de criticidade da interpretação da matéria por parte do público alvo envolvido.

Há, além disso, limites claros para qualquer interpretação pretendida em relação ao resultado obtido com a submissão de questionário e sua associação à existência e aos contornos da abordagem da questão concorrencial na análise antitruste: i) não se obteve retorno de 42,85% do público alvo (12 indivíduos), o que impede um mapeamento completo e adequado dos entendimentos vigentes entre integrantes do Cade no período investigado, além de agravar o risco de leituras equivocadas da realidade em virtude do risco de viés de resposta⁵⁰⁷; ii) os respondentes não necessariamente possuem um posicionamento constante e linear sobre os temas questionados, ao longo de seu percurso no Cade ou entre o período em que exerceram o cargo no Conselho e o momento da resposta ao questionário, o que representa uma ameaça à validade interna da pesquisa⁵⁰⁸; iii) os respondentes detêm atribuições diferentes e participam, de formas distintas, na formação do procedimento administrativo e na tomada de decisão, podendo deter maior ou menor poder de ação ou decisão no que tange à abordagem da questão ambiental na análise antitruste, mas, em razão da preocupação com a preservação da confidencialidade sobre suas identidades⁵⁰⁹, não foram apresentados dados individualizados ou por grupos (divididos por cargos, entre integrantes atuais e ex-integrantes do Cade, ou por qualquer outra forma), o que, eventualmente, aprimoraria o tratamento do problema de pesquisa

⁵⁰⁷ Efeitos das “não respostas” para o resultado (CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativos, quantitativos e misto*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 184), ou seja, a possibilidade de alteração do resultado final caso aqueles que não responderam o tivessem feito.

⁵⁰⁸ Acerca desse tipo de ameaça, que pode levar o pesquisador a extrair dos dados inferências incorretas sobre os respondentes, ver: CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativos, quantitativos e misto*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 196-197.

⁵⁰⁹ A garantia de preservação da confidencialidade sobre as identidades dos respondentes visou conferir maior conforto para que se expressassem livremente sobre tema potencialmente controverso e de discussão ainda incipiente nos meios acadêmico, judicial e administrativo, além de buscar evitar a suscetibilidade dos respondentes a oferecer respostas socialmente desejáveis, considerando o alto nível de envolvimento da sociedade com a temática ambiental. Objetivou-se, em suma, obter um resultado mais fidedigno em relação ao entendimento desses indivíduos sobre as questões e evitar o enviesamento das respostas.

e amenizaria a ameaça à validade externa da pesquisa⁵¹⁰; iv) não houve associação entre os indivíduos e os procedimentos nos quais atuaram para fins de investigação de eventuais conexões entre entendimentos manifestados em resposta ao questionário e o modo como encaminhada a questão ambiental em casos concretos, em razão do compromisso de confidencialidade, o que também, eventualmente, aprimoraria a pesquisa.

Além das limitações à interpretação do resultado do questionário já mencionadas, é evidente que, para uma análise mais plural e realista do contexto pesquisado, seria necessário investigar também, além do entendimento dos respondentes sobre a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, o entendimento dos demais atores desse processo: empresas que figuram nos procedimentos administrativos que tramitam no Cade, seus concorrentes, associações de defesa do meio ambiente e do consumidor, entre outros.

Ademais, é certo que a quase inexistência de discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste, base da problemática adotada na pesquisa, pode ser explicada por fatores que não são objeto da pesquisa. É possível que se tenha um contexto em que, até a data de finalização da pesquisa comentada no item 2.1, não tenha ocorrido nem sequer um único caso de violação de normas ambientais que ensejasse domínio de mercado relevante, ou não tenha sido identificado marketing ambiental enganoso que tenha deturpado a livre concorrência em mercado relevante, induzindo o consumo para os produtos da empresa infratora. Apesar de parecer pouco provável situação como as citadas, a presente pesquisa não pode ignorar possibilidades em relação às quais não se aprofundou, sendo imprescindível a ressalva feita.

Assim, o acesso ao entendimento dos respondentes sobre questões fundamentais que são objeto deste trabalho contribui para a testagem de hipótese de pesquisa e subsidia e enriquece discussões presentes na pesquisa. Não é suficiente, contudo, por si só, para uma conclusão inequívoca sobre o porquê de inexistir discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste, nem para uma generalização do resultado do questionário para alcançar o público alvo em sua integralidade⁵¹¹.

⁵¹⁰ Sobre esse tipo de ameaça, que pode levar a inferências incorretas dos dados da amostra para outras pessoas, outros grupos ou para situações passadas ou futuras, ver: CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativos, quantitativos e misto*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 197.

⁵¹¹ Sobre a questão da generalização a partir de resultados de uma amostra, ver: CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativos, quantitativos e misto*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 227-228.

Do resultado da aplicação do questionário, pôde-se extrair de plano, independentemente de qualquer correlação entre respostas feita: i) a confirmação de que as questões nele exploradas são controversas, estando-se longe de uma pacificação de entendimentos, inclusive entre aqueles que atuaram em cargos relevantes no Cade nos últimos anos; ii) a conclusão de que a maior parte dos respondentes é receptiva à abordagem da questão ambiental na análise antitruste, sob pressupostos, condições, limitações e ressalvas já descritos; e iii) a conclusão de que parte de integrantes e ex-integrantes do Cade possui um posicionamento sobre essas questões que, tendo prevalecido enquanto atuaram no Conselho, teria contribuído ou sido definitivo para impedir ou obstaculizar a abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Assim, o resultado do questionário destoa do histórico inexpressivo da abordagem substancial da questão ambiental na análise antitruste, na medida em que tende para a aceitação dessa abordagem, ainda que sob as ressalvas já tratadas neste item. Com a testagem de correlações, surgiram novas inferências e possíveis conclusões, a seguir comentadas.

O resultado obtido com as questões de 1 a 5 aponta para a prevalência de entendimento dos respondentes em favor da admissão da abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Nesse sentido: i) 75% dos respondentes, nas questões 1 e 4; ii) 68,75% deles, nas questões 2 e 3; e iii) 56,25% deles, na questão 5. Conforme anteriormente analisado, ao menos cinco comentários registrados por respondentes indicam que esses percentuais poderiam ser ainda maiores. Isso porque alguns respondentes que manifestaram que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste não assinalaram qualquer opção de resposta ou assinalaram, por precaução, opção em que se afasta essa possibilidade, sob o argumento de que as opções disponibilizadas no questionário que admitiam tal abordagem não eram específicas quanto a requisitos considerados por eles imprescindíveis para tanto.

O entendimento manifestado pelos respondentes para as questões de 1 a 5, contabilizado na mensuração dos resultados, objeto de análise e interpretação de dados e testes de correlações nos subitens anteriores, pode ser assim sintetizado, quanto a seus principais resultados:

- Questão 1: 75% dos respondentes posicionaram-se favoravelmente à consideração da questão ambiental na análise antitruste. Para eles, a violação a normas ambientais configura infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica (50% dos respondentes), ou, no mínimo, fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena (25% dos respondentes). Os

respondentes entendem, contudo, ser condição para essa configuração que referida violação tenha como desdobramento algum dos efeitos previstos nos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11. Contrariamente, 25% dos respondentes entendem que a violação comentada não deve ser considerada na análise antitruste, por fugir ao seu escopo;

- Questão 2: 68,75% dos respondentes posicionaram-se favoravelmente à consideração da questão ambiental na análise antitruste. Para 50% dos respondentes, diante da violação de normas ambientais, o argumento de que a conquista de mercado por parte da empresa violadora resulta de processo natural fundado em maior eficiência deve ser afastado na análise antitruste, desde que haja nexos de causalidade entre tal violação e a suposta eficiência. Um percentual de 18,75% dos respondentes entende que tal argumento deve sempre ser afastado independentemente de haver esse nexos de causalidade, uma vez que o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostra-se em desacordo com o artigo 170, inciso VI, da CF. Diferentemente, 25% dos respondentes afastaram essa possibilidade porque entendem que a violação de normas ambientais não deve ser considerada na análise antitruste, por fugir ao seu escopo;
- Questão 3: 68,75% dos respondentes posicionaram-se favoravelmente à consideração da questão ambiental na análise antitruste. Para eles, o marketing ambiental enganoso deve ser considerado infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica (43,75% dos respondentes), ou, no mínimo, fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável (12,5% dos respondentes), desde que, em qualquer caso, tenha como desdobramento efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11. Para 18,75% dos respondentes, o artifício afasta o argumento em favor da empresa contido no artigo 36, parágrafo 1º, da Lei nº 12.529/11, enquanto que, diversamente, para 31,25% deles, não afasta, pois sua apreciação foge ao escopo da análise antitruste;
- Questão 4: 75% dos respondentes posicionaram-se favoravelmente à consideração da questão ambiental na análise antitruste. Para 37,5% dos respondentes, eficiências ambientais são um elemento que deve ser considerado na decisão sobre aprovação do ato de concentração, pois a defesa do meio ambiente é princípio orientador da ordem econômica. Para o mesmo percentual de respondentes, a premissa é a mesma, apenas com outra justificativa: a de que as eficiências ambientais representam um benefício compartilhado com os consumidores. Para 31,25%, a consideração da eficiência ambiental na análise antitruste justifica-se quando significar aumento da competitividade da empresa, melhora na qualidade de seus bens ou serviços e/ou ser, ao mesmo tempo, uma eficiência

econômica. No entendimento de 25% dos respondentes, essas três opções de resposta estão corretas, e 31,25% dos respondentes condicionam a consideração da eficiência ambiental na análise antitruste a que tal eficiência seja obtida por meio da operação para a qual se requer autorização. Diferentemente, 12,5% dos respondentes entendem que a eficiência ambiental não deve ser considerada, porque a defesa ambiental não integra o escopo do antitruste;

- Questão 5: 56,25% dos respondentes posicionaram-se favoravelmente à consideração da questão ambiental na análise antitruste. Para 25% dos respondentes, na análise de pedidos de aprovação de atos de concentração, o Cade deve considerar a regularidade ambiental das empresas envolvidas, valorando livremente esse elemento e apreciando juntamente com os demais aspectos e efeitos da operação. No mesmo percentual, houve respondentes que se posicionaram no sentido de que a aprovação de operação que envolva empresa violadora de normas ambientais deve ser condicionada à celebração de acordo, ou devem ser impostas condições/restrições à operação, com a finalidade de que haja a regularização da situação ou, subsidiariamente, que as empresas promovam eficiências ambientais compensatórias. Contrariamente, 31,25% dos respondentes entendem que a regularidade ambiental das empresas envolvidas em pedido de aprovação de operação não é elemento que deva ser considerado pelo Cade.

O resultado aponta para um entendimento favorável à abordagem da questão ambiental na análise antitruste, predominando, contudo, o posicionamento no sentido de que essa discussão somente deve ser admitida quando houver conexão entre a questão ambiental e a concorrência. Em suas respostas e em seus comentários, os respondentes mencionam a necessidade de potencial ou efetiva repercussão do fator ambiental sobre o ambiente concorrencial, com o desdobramento dos efeitos anticompetitivos previstos nos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Foram apontadas como situações em que pode haver essa repercussão aquelas em que se evidenciam: o objetivo de excluir concorrentes com o marketing ambiental enganoso; o nexos de causalidade entre a violação de normas ambientais ou o marketing ambiental enganoso e a finalidade, a potencialidade ou a efetividade dos efeitos previstos nos incisos do *caput* do artigo 36 citado; o nexos entre tal violação e a conquista de mercado com base em suposta maior eficiência. No que tange à eficiência ambiental, respondentes registraram que deve ser considerada se somente puder ser obtida por meio da operação para a qual se requer autorização e que deve relacionar-se ao processo produtivo. Além disso, houve registro de que os acordos ou os remédios comportamentais que versem

sobre questão ambiental devem limitar-se à proteção do ambiente concorrencial, entre outras exigências para o tratamento da questão ambiental na análise antitruste. Isso é refletido em, ao menos, quatorze comentários dos respondentes e em opções de resposta assinaladas por eles⁵¹².

O entendimento manifestado pelos respondentes para as questões 6 e 7, contabilizado na mensuração dos resultados, objeto de análise e interpretação de dados e já considerando os resultados dos testes de correlações, pode ser assim sintetizado, quanto ao essencial:

- Questão 6: 81,25% dos respondentes entendem que a interpretação e a aplicação do antitruste brasileiro encontram fundamentos, objetivos, princípios e valores orientadores no artigo 1º da Lei nº 12.529/11, sendo que 50% dos respondentes assinalaram essa opção isoladamente ou em conjunto com a opção de livre resposta ou comentários, e o residual (31,25% deles), em conjunto com outras opções de resposta. Também 50% dos respondentes assinalaram a opção que aponta para os valores e os princípios orientadores da ordem econômica, e essa opção foi indicada como a única resposta por 18,75% deles. As demais opções de resposta disponibilizadas para a questão 6 foram escolhidas de forma pulverizada pelos respondentes, nos seguintes percentuais: i) 31,25% assinalaram opções que remetiam à repressão ao abuso de poder econômico em todas as suas formas, à efetiva concorrência, à efetiva competitividade e ao bem-estar do consumidor relacionado a benefícios decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômico; ii) 25% indicaram opções que faziam referência aos fundamentos e aos objetivos expressos nos artigos 1º e 3º da CF, às políticas públicas, ao bem-estar do consumidor relacionado a benefícios econômicos ou de outras naturezas; iii) 18,75% assinalaram opções que se referiam ao desenvolvimento sustentável e à eficiência econômica; iv) 12,5%, indicaram opções de resposta que remetiam ao princípio redistributivo e ao bem-estar da coletividade relacionado a benefícios econômicos ou de outras naturezas; e v) um respondente indicou a opção que mencionava as políticas econômicas especificamente. Entre os respondentes que assinalaram a opção de resposta que remete ao artigo 1º da Lei nº 12.529/2011 exclusivamente ou em conjunto com a opção de livre resposta/comentários, os testes de correlação indicam, como resultado geral, que são minoria os que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste em suas respostas às questões 1 a 5⁵¹³. Esse resultado difere do obtido para os respondentes que adotaram as opções de respostas mais

⁵¹² Questão 1, opções de resposta “c” e “d”; questão 2, opção “b”; questão 3, opções “c”, “d” e “e”; e questão 4, opções “b”, “c” e “d”.

⁵¹³ Nas questões 2, 3 e 5, apenas 38% deles, apesar de nas questões 1 e 4, esse percentual subir para 63%.

explicitamente aderentes a essa abordagem na questão 6 (opções “b”, “e”, “k” e “l”), os quais, em sua maioria, assinalaram as opções que também admitem tal abordagem nas questões de 1 a 5⁵¹⁴;

- Questão 7: a interpretação e a análise dos dados obtidos a partir das respostas apresentadas foram parcialmente prejudicadas. O teste de correlações comentado no subitem 2.2.8 indicou possível incongruência entre os posicionamentos dos respondentes para essa questão e para as questões de 1 a 5. Em resumo, apesar de 62,50% dos respondentes terem respondido, para essa questão, que o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais e/ou que o tratamento da questão ambiental foge ao escopo da análise antitruste (opções de resposta “a” e “d”, respectivamente), a maior parte deles, em suas respostas aos demais questionamentos, adotou opções que admitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, em percentuais que variaram entre 50% e 70%. Ao mesmo tempo, a minoria dos respondentes que, para a questão 7, assinalou as opções de resposta “a” e/ou “d”, indicou, nas questões de 1 a 5, respostas que inadmitem a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, em percentuais que variam entre 20% e 50%. As respostas apresentadas para a questão 7 indicam como possíveis obstáculos ou dificultadores para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, além de, com as devidas ressalvas, a falta de competência do Cade para tratar de questões ambientais e o entendimento de que o tratamento de questões ambientais foge ao escopo da análise antitruste, ainda que o Cade possa contar com a cooperação de entidades ou órgãos públicos ambientais para auxiliá-lo: i) a ideia de que a incorporação da discussão da questão ambiental na análise antitruste tornaria essa análise excessivamente subjetiva, mais complexa e demorada (para 25% dos respondentes); ii) a percepção ou o fato de que os concorrentes, as entidades e os órgãos legitimados para a defesa do meio ambiente, entre outros possíveis legitimados ou interessados, não têm apresentado ao Cade informações ou contribuições para incitar ou fomentar a discussão de questões ambientais na análise antitruste (para 25% dos respondentes); iii) a percepção ou fato de que, em seus pedidos de aprovação de ato de concentração ou nas justificativas para a conquista de mercado, as empresas não têm apresentado ao Cade argumentos relacionados a eficiências ambientais (para 18,75% dos respondentes); e iv) a percepção ou o fato de que o Cade não tem recursos humanos e/ou materiais para tratar de questões ambientais (para 18,75% dos respondentes).

⁵¹⁴ Nas questões 2 e 3, 100% deles; nas questões 1 e 4, 88% deles; na questão 5, 75% deles.

Dos resultados relacionados à questão 6, é possível inferir que, sob a perspectiva dos respondentes do questionário, a redução do rol de ditames constitucionais da ordem econômica efetuada no artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, com a supressão de princípios como a defesa do meio ambiente, pode ser considerada um obstáculo ou dificultador para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, confirmando suspeita registrada no subitem 1.1.3. Isso porque se verificou que aqueles que entendem que o antitruste encontra seus fundamentos, princípios, valores e objetivos expressos apenas nesse dispositivo, ignorando disposições constitucionais, tendem a negar a possibilidade de abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Quanto ao resultado obtido com a questão 7, tem-se que indica possível contradição entre as opções de resposta assinaladas pelos respondentes e o posicionamento adotado por eles em suas respostas ao longo do questionário, sendo plausível a interpretação de que ocorrera com esses respondentes o mesmo que sucedeu a um deles. Trata-se de respondente que, em comentário feito para a questão 7, esclareceu que, a despeito de ter assinalado a opção de resposta que afirmava que o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais, entendia, conforme opções de resposta que adotara ao longo do questionário, que o Conselho detém essa competência quando forem detectados os efeitos anticoncorrenciais previstos nos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, e que eficiências ambientais podem ser consideradas em controle de concentrações quando forem decorrentes da operação. Em seus comentários à questão 7, dois dos respondentes que não assinalaram as opções “a” ou “d” observaram, contudo, que há entendimento nesse sentido na comunidade antitruste, e que há, de modo geral, uma resistência do Cade à discussão da questão ambiental na análise antitruste, o que justificaria não ser habitual. Na mesma direção manifestou-se o colaborador.

O resultado para a questão 7, portanto, mostra-se parcialmente prejudicado, pois uma compreensão ampla das respostas assinaladas em todo o questionário e a análise dos comentários indicam ser questionável a afirmação de que a maioria dos respondentes não admite a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Assim, preferimos tratar do resultado da análise dos dados obtidos com a questão 7 como sugestivo do entendimento dos respondentes sobre possíveis motivos para a não habitualidade da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, no que tange às opções de respostas “a” e “d”, em vez de tratarmos desse resultado como conclusivo acerca do posicionamento desses respondentes sobre a competência da Cade ou o escopo da análise antitruste.

CAPÍTULO 3: CONVERGÊNCIA ENTRE OS DIREITOS CONCORRENCIAL E AMBIENTAL NO PLANO PRÁTICO: HIPÓTESES DE ABORDAGEM DA QUESTÃO AMBIENTAL NA ANÁLISE ANTITRUSTE

No capítulo 1, item 1.1, analisamos a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro e concluímos que dela se extrai o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável. No item 1.2, apresentamos proposta para a confluência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano teórico, indicando o caminho para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste. Essa proposta implica a admissão da existência de relação entre o exercício abusivo de poder econômico e a exploração e dominação de recursos ambientais; a ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor, para que incorporem o fator ambiental; e o reconhecimento da coletividade como titular dos interesses protegidos pelo antitruste e a emancipação do consumidor a cidadão. Ao fim de tal capítulo, tem-se estruturado um arcabouço teórico que, partindo dos pressupostos teóricos adotados no trabalho, avança em direção ao reconhecimento do papel instrumental e ativo do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, bem como da abordagem da questão ambiental na análise antitruste como concretização desse papel.

No capítulo 2, com o objetivo de analisar a relação entre os direitos concorrencial e ambiental no plano prático, rumamos para o aprofundamento da questão central do presente trabalho: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Como confirmamos no item 2.1, a partir do resultado da pesquisa sobre documentos e manifestações contidos nos procedimentos administrativos que tramitaram ou que se encontravam em trâmite no Cade até 11.01.2018, tal abordagem em nível substancial é inexpressiva. A prática antitruste revela-se focada em proteger a livre iniciativa e o livre mercado, e indica pouca reflexão sobre o papel do Cade na promoção de um ambiente concorrencial, de eficiências e de bem-estar do consumidor e da coletividade condizentes com o quanto apregoadado pela ordem econômica constitucional, nos termos do que se discutiu ao longo do capítulo 1.

No item 2.2, por sua vez, apresentamos e analisamos o resultado do questionário, concluindo pela existência de um posicionamento majoritário dos respondentes no sentido de admitir a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, com as condições e ressalvas comentadas nesse item. Ao mesmo tempo, confirmamos a controvérsia em torno do tema e a possível influência da Lei nº 12.529/2011 no posicionamento passivo do antitruste brasileiro

diante de sua responsabilidade por, ativamente, promover o desenvolvimento sustentável no que tange à dimensão ambiental. Essa influência pode ser associada a dois aspectos: i) à interpretação de que o escopo do antitruste seria extraído exclusivamente do artigo 1º dessa lei, o qual cita apenas parte dos princípios norteadores da ordem econômica constitucional, e que princípios omitidos por esse dispositivo, como a defesa do meio ambiente, não orientariam a análise antitruste; e ii) à elevação, pela lei, da eficiência econômica ao patamar de salvo-conduto para estruturas e condutas com potencial de comprometer a livre concorrência e/ou reforçar o poderio econômico.

De modo geral, há duas formas de pensar a repercussão da relação entre os direitos concorrencial e ambiental e do papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. A primeira consiste no entendimento de que, da mera efetivação da defesa da concorrência, já decorrem, naturalmente, o desenvolvimento sustentável, a proteção do interesse e do bem-estar do consumidor, entre outros valores albergados pela ordem econômica constitucional, não sendo o caso de abordar-se a questão ambiental de maneira específica na análise antitruste. Nesse sentido, a promoção de um ambiente concorrencialmente hígido automaticamente contribuiria para o desenvolvimento sustentável. A segunda forma de pensar tal repercussão aponta para a necessidade de abordagem expressa e sistematizada da questão ambiental na análise antitruste, de que tal questão seja um fator efetivamente considerado nessa análise e na decisão do órgão antitruste. Conforme fundamentação apresentada ao longo do capítulo 1, concluímos ser o segundo direcionamento o que encontra amparo na CF. Essa conclusão, todavia, reivindica não apenas a apresentação de proposta para uma nova perspectiva de interpretação do antitruste brasileiro, o que se fez no item 1.2, mas também de proposta para uma nova forma de aplicação do antitruste, indicando-se as hipóteses em que cabível a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, o que se faz no presente capítulo.

Neste capítulo, realizamos a testagem da terceira hipótese de pesquisa – iniciada no item 1.2 e enriquecida pelos debates tidos ao longo de todo o trabalho e pelos resultados obtidos com as pesquisas empíricas *stricto sensu* tratadas no capítulo 2 – e cumprimos os objetivos geral e específicos da pesquisa: i) ao tratarmos da possibilidade de convergência dos direitos concorrencial e ambiental no plano prático, a qual se realiza por meio da concretização do papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, com a abordagem da questão ambiental na análise antitruste; ii) ao darmos continuidade à construção de arcabouço teórico

sobre a relação entre os mencionados regimes jurídicos, apresentando conclusões específicas e próprias deste trabalho; iii) ao identificarmos obstáculos ou dificultadores à abordagem mencionada e, quando possível, demonstrando sua inconsistência e/ou propondo sua superação; e iv) ao apresentarmos proposta para uma perspectiva sustentável de aplicação do antitruste, com hipóteses em que cabível a abordagem mencionada.

A proposta para uma perspectiva sustentável de aplicação do antitruste consolida a reaproximação e a convergência entre os direitos concorrencial e ambiental, dando continuidade ao trabalho, iniciado no capítulo 1, de desenvolvimento de um arcabouço teórico sobre a relação entre eles, sobre o papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável e, principalmente, sobre a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Apesar de substancialmente diversa, a proposta contida neste trabalho inspira-se na proposta de Fox, expressa em seu ensaio intitulado *Imagine: Pro-Poorer Competition Law*⁵¹⁵, para uma postura mais ativa e direta do antitruste na promoção da inclusão social e na erradicação da pobreza, com a indicação de ferramentas práticas de utilização do antitruste em prol dos excluídos e desfavorecidos em mercados, reconhecendo nele um dos elos da cadeia voltada ao combate das múltiplas dimensões e causas da pobreza⁵¹⁶.

Nos itens 3.1 a 3.3, indicamos e analisamos hipóteses de abordagem da questão ambiental na análise antitruste que vislumbramos possíveis, dividindo-as em três blocos: i) eficiência e outros benefícios ambientais, compreendidos, no controle de estruturas, como benefícios a serem compartilhados com a coletividade, e no controle de condutas, como eficiência justificante da conduta da qual decorre domínio de mercado; ii) violação a normas ambientais, marketing ambiental enganoso, carteis ambientais e outras práticas que conectem o poder econômico ou a concorrência a aspecto ambiental, situações compreendidas, no controle de condutas, como infração à ordem econômica, fator excludente da eficiência justificante de domínio de mercado, e/ou fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração e na dosimetria da pena; no controle de estruturas, como impedimento

⁵¹⁵ FOX, Eleanor M. *Imagine: Pro-Poorer Competition Law*. *Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. Global Forum on Competition. Competition and Poverty Reduction*. 14 feb 2013. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2013\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2013)4&docLanguage=En)>. Acesso em 22.05.2014.

⁵¹⁶ É imprescindível registrar, contudo, que Fox não defende, nesse trabalho, a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, e que em seu artigo *Outsider Antitrust: 'Making Markets Work for People' as a Post-Millennium Development Goal*, inclusive, critica a isenção antitruste em nome dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a expansão do antitruste para a proteção do meio ambiente e de pequenas empresas, pois entende que isso não é necessário, uma vez que a aplicação do antitruste não conflitaria com esses valores da forma como se argui, e, sim, contribuiria para a construção de um ambiente favorável ao desenvolvimento sustentável inclusivo.

para a aprovação de ato de concentração; e em ambos os controles, como fator a ser ponderado no cálculo dos efeitos líquidos de operações ou condutas; e iii) problemas de cunho concorrencial-ambiental passíveis de serem solucionados por meio de restrições, condições ou obrigações previstas em ACC ou TCC.

Mas antes de tratarmos dessas hipóteses, é necessário esclarecer questões preliminares e de ordem operacional, sendo a primeira a que diz respeito a hipóteses rivais das hipóteses de pesquisa que afirmam a possibilidade de abordagem da questão ambiental na análise antitruste. De acordo com essas hipóteses contrárias, faltaria ao Cade competência para apreciar a questão ambiental, haveria sobreposição ou sobreposição em relação às competências e atribuições de entidades e órgãos primordialmente voltados ao tema ambiental, e ocorreria o preenchimento indevido de funções da regulação, que melhor administraria o problema ambiental.

Tais argumentos, todavia, não ultrapassam sequer um primeiro exame da atuação do órgão antitruste, que não prescinde, em suas análises, de adentrar diversas temáticas, inclusive objeto de outras políticas públicas – que não a antitruste – e de regulação, afetas a atividades econômicas e mercados relacionados às estruturas e condutas submetidas ao seu controle. O exemplo mais ostensivo é o de temáticas relacionadas diretamente à defesa do consumidor, mas os temas distribuem-se entre os essencialmente transversais aos setores de atividades econômicas, como o ambiental, e os prioritariamente setoriais, como os da energia e das telecomunicações. Assim, o controle antitruste frequentemente demanda aprofundamento em matérias que extrapolam as fronteiras do direito e da economia, e abrangem aspectos diversos de mercados, processos produtivos, ciclo de produtos, comportamento do consumidor, entre outros⁵¹⁷. Há análises em que, na busca pelo real sentido do que é concorrência em um determinado mercado, a autoridade antitruste realiza minuciosos estudos que adentram as searas multifacetárias do consumo, da composição de produtos, das características de serviços, da função de insumos, das relações internacionais que envolvem o tema⁵¹⁸, das práticas empresariais, dos interesses da coletividade, e aprecia critérios oriundos não apenas do direito

⁵¹⁷ Veja-se, como exemplo, a matéria tratada nos autos do ato de concentração nº 08012.007776/2008-99, em que se discutem peculiaridades de determinado material genético, a evolução tecnológica na área, as linhas comerciais e o mercado internacional dos produtos, entre outros aspectos que definem fatores como o mercado relevante.

⁵¹⁸ Vale lembrar que, no plano do comércio internacional, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) de 1947 já previa exceções ao princípio da não-discriminação de mercadorias importadas, baseadas na preservação do meio ambiente, assegurando às partes a possibilidade de adotarem medidas relativas à conservação de recursos naturais esgotáveis (GRANADO, Shalom Einstoss. Doutrina do Elo Verde: a importância do Direito Ambiental para o Direito Econômico. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo* - IBRAC – doutrina, jurisprudência, legislação, v. 5, n. 8, São Paulo, 1998).

e da economia, mas de outras áreas de conhecimento, como da administração, ainda que teorias e instrumentais do tipo não sejam tratados por suas reais denominações nos pareceres e nas decisões do Cade, nem seja reconhecida sua origem metodológica.

Ainda de forma relacionada às mencionadas hipóteses rivais, haveria receio sobre a possibilidade de o Cade ter de decidir acerca da ocorrência de violação a normas ambientais ou da plausibilidade de alegações de benefícios ambientais. Há, todavia, alternativas a essa situação. O Cade pode, por exemplo, utilizar-se da cooperação e do auxílio de entidades e órgãos ambientais para tanto, se entender necessário para a confirmação de uma violação à norma ambiental, de uma eficiência ambiental ou para a compreensão de qualquer outra questão ambiental⁵¹⁹. A Lei nº 12.529/2011 é expressa no sentido de que autoridades federais, diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência⁵²⁰. O Plenário do Tribunal Administrativo do Cade pode determinar a contratação de profissionais para realização de exames, vistorias e estudos⁵²¹ e, assim como os conselheiros do Tribunal⁵²² e a Superintendência-Geral do Cade⁵²³, pode requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções. A Superintendência-Geral pode, ainda, requisitar esclarecimentos orais desses órgãos e das pessoas, autoridades e entidades.

Cooperação da espécie pode auxiliar o Cade de variadas formas, principalmente quanto à constatação da violação de normas ambientais. Os órgãos e as entidades ambientais podem manifestar-se sobre o assunto, exarando parecer, fornecendo dados, estudos e outros subsídios acerca de ilegalidades e irregularidades ambientais e procedimentos e processos administrativos e judiciais relacionados ao tema ambiental. No mesmo sentido, pode haver cooperação para a verificação da existência de eficiências e outros benefícios ambientais que venham a ser indicados por agentes econômicos, bem como de sua pertinência e adequação, consideradas as

⁵¹⁹ Ver consulta feita pelo Cade à Senacon, comentada no subitem 1.2.2 (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.A., Banco Santander e outros. Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 09.11.2016).

⁵²⁰ Conforme artigo 9º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.529/2011.

⁵²¹ Conforme artigo 9º, incisos IX, XVIII e XIX, da Lei nº 12.529/2011.

⁵²² Conforme artigo 11, inciso III, da Lei nº 12.529/2011.

⁵²³ Conforme artigo 13, inciso VI, “a” e “b”, da Lei nº 12.529/2011.

políticas públicas relacionadas, entre outros aspectos. Vislumbra-se a possibilidade de cooperação, ainda, para o estabelecimento de soluções, no âmbito de ACCs e TCCs, para os problemas concorrenciais-ambientais.

O Cade e a Senacon, por exemplo, estabeleceram uma agenda de atuação comum, com o intuito de coordenar e fortalecer a integração entre as políticas de defesa da concorrência e do consumidor, “uma vez que ambas buscam o bem-estar dos consumidores, ainda que com atribuições e instrumentos distintos”, e que, em razão dos diferentes focos em que se baseiam, é importante que a implementação dessas políticas “se dê de forma alinhada”⁵²⁴. Essa agenda prevê medidas como a troca de informações entre o Cade e os Procons, utilizada pelo Conselho como ferramenta de monitoramento de restrições e compromissos impostos no julgamento de operações e condutas. Espécie similar de cooperação poderia ser estabelecida entre o Cade e o Ministério do Meio Ambiente, o IBAMA, as Secretarias do Meio Ambiente estaduais e municipais e outros órgãos e entidades públicos e privados voltados à defesa do meio ambiente, com o objetivo de melhor integrar as políticas ambiental e antitruste e atuar contra a efetivação e o fortalecimento de práticas anticompetitivas e do exercício abusivo de poder econômico conectados a aspecto ambiental. Tal cooperação pode mostrar-se valiosa, principalmente porque algumas questões ambientais podem apresentar aspectos difíceis de serem administrados, como, por exemplo, a apuração da responsabilidade por passivos ambientais⁵²⁵,

⁵²⁴ Conforme consta de nota publicada no site do Cade, intitulada “Senacon e Cade fortalecem políticas de defesa da concorrência e do consumidor brasileiro”. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/senacon-e-cade-fortalecem-politicas-de-defesa-da-concorrencia-e-do-consumidor>>. Acesso em 20.03.2017. Dessa notícia consta que, enquanto a política de defesa da concorrência atua com foco na oferta de produtos e serviços e no relacionamento competitivo entre fornecedores, em prol de uma ampla possibilidade de escolha para os consumidores, redução de preços e melhor qualidade, a defesa do consumidor age com foco na demanda, para que os consumidores sejam capazes de exercer de forma consciente e eficaz seu poder de escolha, que seria possibilitado pela competição entre fornecedores.

⁵²⁵ O mesmo se pode afirmar com relação à violação de normas ambientais, ainda que não resulte em passivo ambiental. A mesma dificuldade, contudo, enfrentou o Poder Judiciário há alguns anos, com as primeiras ações ambientais e a necessidade de dimensionar danos ambientais, decidir sobre a forma de sua reparação ou compensação, etc. De outra parte, deparam-se com dificuldades similares as instituições financeiras públicas federais, que na concessão de financiamentos, foram obrigadas pela Lei nº 6.938/81, artigo 12, *caput*, a verificar se houve o licenciamento ambiental, na forma dessa lei, e o cumprimento de normas, critérios e padrões do CONAMA. Nas palavras de Machado, o legislador procurou o “apoio dos bancos oficiais federais para que a legislação federal de meio ambiente seja concretamente implementada nos Estados”, impondo-lhes a análise de normas ambientais inclusive, o que não significa ingerência dos bancos na atividade dos órgãos ambientais estaduais. Segundo o autor, a lógica é a de que não se pode financiar a produção e o consumo dos quais decorra a poluição e a degradação da natureza, pois o sistema financeiro deve servir aos interesses da coletividade, conforme artigo 192, *caput*, da CF, e a necessidade de consideração da variante ambiental no financiamento demanda uma convivência e parceria entre bancos e órgãos ambientais (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 354, 357-358)

a avaliação e a quantificação de um dano ambiental⁵²⁶, a verificação da plausibilidade de argumentação sobre a existência de eficiência ambiental, entre outros.

Um argumento lançado por respondente em comentários ao questionário, o qual não configura exatamente uma hipótese rival de hipóteses adotadas no presente trabalho – mesmo porque, diz respeito à questão que não é objeto da pesquisa –, mas que merece ser comentado, é o de que, se a questão ambiental provocasse a incidência da lei antitruste, o mesmo teria de ocorrer quanto às questões trabalhista e tributária. É possível que esse argumento esteja correto, o que em nada altera a conclusão jurídica para o problema jurídico que se propôs investigar e sobre o qual recai a pesquisa empreendida. Mas a despeito de não serem objeto do estudo realizado, de plano, é possível afirmar que as questões trabalhista e tributária apresentam, assim como a ambiental, particularidades a serem consideradas em uma análise no sentido provocado.

A questão ambiental nitidamente diferencia-se de qualquer outra: i) os recursos naturais são o subsídio básico da quase totalidade das atividades econômicas e, de alguma forma, interferem no desenvolvimento de todas elas; ii) o fator ambiental está umbilicalmente ligado ao bem maior da vida, à saúde humana, ao bem-estar da coletividade, à possibilidade de existência das futuras gerações; iii) o paradigma do desenvolvimento sustentável orienta, influencia e define a interpretação e a aplicação de todos os princípios e as regras previstos no ordenamento jurídico, inclusive do artigo 170 da CF, impedindo que o princípio da defesa do meio ambiente seja desconsiderado; iv) a defesa do meio ambiente, “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, é um dos princípios norteadores da ordem econômica (artigo 170, inciso VI, da CF), está prevista expressamente na CF como uma defesa ampla, não lhe tendo sido feito qualquer recorte, como se fez em relação à questão trabalhista, restringida pelo artigo 170, inciso VIII, da CF, ao aspecto do pleno emprego; v) o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, tratado também em capítulo próprio da CF (Capítulo VI) em razão de sua relevância para a vida humana, com disposições voltadas à limitação e ao condicionamento da atividade econômica; vi) a questão ambiental repercute, em relação ao antitruste, de formas específicas, particulares ao envolvimento do fator ambiental, podendo apresentar-se desde como benefícios ambientais até como infração à ordem econômica; vii) uma violação à norma ambiental não tem seus efeitos resumidos à redução nos

⁵²⁶ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Passivo ambiental. In: *Direito Ambiental em evolução 2*. FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). Curitiba: Juruá, 2001. p. 138.

custos de produção e de transação e ao conseqüente incremento de competitividade, podendo implicar, por exemplo, a possibilidade de oferta ou de melhora de produtos, em razão de acesso a insumos aos quais os demais concorrentes não têm acesso ou acessam em quantidade limitada por lei; o resultado da violação a normas ambientais, diferentemente do resultado da violação a normas tributárias, não se reduz a uma simples disposição indevida de valor econômico não repassado ao Estado, sendo esse apenas um de seus possíveis efeitos negativos; e viii) também diferentemente da questão tributária, a violação a normas ambientais, em grande parte dos casos, decorre diretamente do próprio desenvolvimento da atividade econômica, ou, mesmo, decorre exatamente do exercício abusivo de poder econômico, e não da infringência de dever legal burocrático acessório em relação ao exercício da atividade, como a obrigação tributária.

O fato de a defesa do meio ambiente ser um princípio da ordem econômica constitucional e de o paradigma do desenvolvimento sustentável orientar todo o ordenamento jurídico brasileiro seria suficiente para que a política e a lei antitruste fossem elaboradas, interpretadas e aplicadas sob o filtro ambiental. Não fosse apenas isso, a realidade de país megadiverso e, ao mesmo tempo, detentor de altos índices de degradação ambiental, impede que se dê ao luxo de confinar a defesa do meio ambiente ao âmbito das entidades e dos órgãos primordialmente voltados ao trato do tema ambiental. Ainda que se defenda a economização irrestrita do antitruste, o fator ambiental é intrínseco a toda atividade econômica, o que é devidamente reconhecido pelas ciências econômicas, não havendo, nem sob esse ângulo de análise, escusa para que tal fator seja arbitrariamente excluído do raciocínio antitruste. Logo, condutas e estruturas não podem ser analisadas sem a consideração de eventuais aspectos ambientais envolvidos, tendo em vista a estrita ligação entre a atividade econômica, o uso de recursos naturais, os impactos ambientais, a responsabilidade ambiental e a legítima demanda da coletividade por um desenvolvimento que seja sustentável.

O que importa registrar é que, ainda que a aceitação da abordagem da questão ambiental na análise antitruste – com base em fundamentos jurídicos e extrajurídicos próprios e com conseqüências específicas da questão ambiental – implicasse a aceitação da abordagem de questões como a trabalhista ou a tributária, não seria essa uma justificativa juridicamente plausível para seu impedimento. Aliás, ainda que essa abordagem tornasse a análise antitruste mais subjetiva, complexa e demorada – e isso foi apontado por 25% dos respondentes do questionário como possível obstáculo ou dificultador para sua incorporação à tal análise –, isso também não seria suficiente para negar-lhe a inclusão na mencionada análise.

Ao longo deste capítulo, serão citados exemplos estrangeiros em que foi reconhecida a conexão entre aspectos ambientais e a concorrência, com destaque para casos oriundos da União Europeia e de países europeus como a Espanha, onde se tem verificado a gradativa incorporação dos temas ambientais⁵²⁷ e o reconhecimento da relação entre a questão ambiental e a concorrência. No âmbito da UE, que a despeito das particularidades inerentes ao contexto de bloco comercial, mostra-se como útil fonte de subsídios para enriquecer as discussões que interessam ao presente trabalho, tem-se uma política ambiental voltada a impulsionar sua transformação em economia eficiente em recursos, verde e competitiva, com baixas emissões de carbono⁵²⁸ e com integração completa de requisitos e considerações ambientais em outras políticas⁵²⁹. A UE reconhece que, em um contexto de aumento de preços dos recursos naturais, escassez e dependência de importações, a competitividade da Europa e a capacidade de crescimento sustentável dependerão da melhoria da eficiência dos recursos em toda a economia, prevendo-se a eliminação progressiva dos subsídios prejudiciais ao meio ambiente e a expansão de mercados para bens e serviços ambientais⁵³⁰. A Comissão Europeia, entre outros casos, já atuou nos mercados de eletricidade e de gás para promover maior concorrência no setor de energia, com o objetivo de provocar as empresas a esforços para obtenção de produtos mais ecológicos e baratos⁵³¹. O “crescimento verde” é qualificado como diretriz da UE, que defende ser possível proteger o meio ambiente e, simultaneamente, manter sua posição competitiva no

⁵²⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1167.

⁵²⁸ “7º Programa de Ação em matéria de Ambiente” (EAP). Informações disponíveis em: <<http://ec.europa.eu/environment/action-programme/>>. Acesso em 08.11.2017.

⁵²⁹ Informação disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/action-programme/>>. Acesso em 08.11.2017. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em seu artigo 194º-1, atrela a política da União no domínio da energia à exigência de preservação e melhoria do ambiente (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN>>. Acesso em 25.11.2017).

⁵³⁰ Informação constante do site da Comissão Europeia, disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/action-programme/objectives.htm>>. Acesso em: 08.11.2017.

⁵³¹ Informação disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/consumers/how/index_pt.html>. Acesso em 08.11.2017. No que tange ao mercado de eletricidade, a Comissão Europeia registrou que, com a promoção da concorrência nos parâmetros apontados, a oferta torna-se mais diversificada e o aprovisionamento energético mais seguro. Assim, em 2007, instaurou inquérito relacionado à concorrência no setor da energia, e após as investigações e conclusão de que os mercados europeus do gás e da eletricidade eram ineficientes e dispendiosos, a Comissão propôs novas disposições legislativas para corrigir uma série de deficiências. Foram instaurados diversos processos contra as empresas envolvidas, entre 2008 e 2010, e assumidos compromissos voltados a incentivar a concorrência e o comércio nos mercados (Informação disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/consumers/how/index_pt.html>. Acesso em 08.11.2017). Já em 1985, a Corte de Justiça da então Comunidade Europeia foi obrigada a enfrentar a questão ambiental (Julgado 240/83, *Recueil*, 1985, p. 531), ao analisar se a diretiva sobre óleos usados (Diretiva 74/439) harmonizava-se com os princípios da livre concorrência, da liberdade de comércio e da livre circulação de mercadorias, decidindo que tal diretiva, uma vez que se voltava à proteção do meio ambiente, estava de acordo com esse objetivo essencial da Comunidade (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1168).

mercado mundial, para o que a introdução e a exportação de inovações ambientais reforçam a competitividade da Europa e melhoram a qualidade de vida dos cidadãos⁵³².

Assim, ainda que a pesquisa realizada não tenha tido como objeto específico uma análise exaustiva de exemplos estrangeiros de abordagem da questão ambiental na análise antitruste ou de alguma forma relacionada a discussões sobre concorrência, há exemplos que não poderiam ser ignorados, seja para enriquecimento do debate sobre o objeto de pesquisa e porque efetivamente se mostram como opções aproveitáveis à realidade brasileira, seja para dissolver preconceitos pautados em falsos argumentos de objetividade, neutralidade e padronização do antitruste, que reduzem indevidamente seu escopo, afastando-o de objetivos relevantes, principalmente, aos países que se convencionou tratar como “em desenvolvimento”. Referidos exemplos, selecionados com o cuidado de não se prestar a propor uma nova colonização do antitruste brasileiro, com a adoção irrefletida de modelos que somente contribuem para reforçar políticas econômicas hegemônicas oriundas de países “desenvolvidos” e recomendadas por organismos e instituições internacionais de imparcialidade questionável. A intenção é revelar a existência de ideias e práticas de um antitruste mais sustentável. Logo, reiterando as considerações feitas no capítulo 1 sobre a necessária contextualização do antitruste e sobre ele revelar-se como opção política e resultante da política antitruste adotada por cada país soberano, mostrou-se pertinente a citação de exemplos estrangeiros no presente trabalho.

3.1. – Eficiências e outros benefícios ambientais: travessia para o desenvolvimento sustentável

No item 1.2, para a apresentação de proposta para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste, condizente com o quanto prevê a CF, concluímos pela necessidade, dentre outras medidas, no âmbito da análise antitruste, de: i) reinterpretar ou ressignificar os conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar e interesse do consumidor, para que incluam o fator ambiental; e ii) reconhecer, efetivamente, a coletividade como titular dos interesses protegidos pelo antitruste e promover a emancipação do consumidor a cidadão. Isso implica a admissão, na análise antitruste, de benefícios ambientais relacionados a estruturas e a condutas, em um contexto de reconhecimento do papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, concretizado por meio da abordagem da questão ambiental nessa análise. Propusemos a superação da ideia de que somente podem ser aceitos, como benefícios de uma

⁵³² Disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/environment_pt>. Acesso em: 08.11.2017.

operação, os predominantemente econômicos e restritos a interesses do indivíduo enquanto consumidor, para que fossem aceitos benefícios ambientais, que, naturalmente, atendem a interesses não apenas – nem necessariamente – de consumidores, mas da coletividade, relacionados à preservação ambiental e à busca da produção e do consumo mais sustentáveis.

Nos subitens 2.2.4 e 2.2.9, ao analisarmos o resultado obtido por meio da pesquisa realizada com a submissão de questionário, pudemos verificar que 75% dos respondentes são favoráveis à abordagem da eficiência ambiental na análise antitruste em controle de estruturas, sob justificativas diversas e por vezes assinaladas em conjunto: i) de que a defesa ambiental é princípio orientador da ordem econômica; ii) de que essa eficiência representa um benefício compartilhado com os consumidores; e iii) de que essa eficiência pode significar aumento da competitividade da empresa, melhora na qualidade de seus bens ou serviços e/ou ser, ao mesmo tempo, uma eficiência econômica. Pudemos verificar, ainda, que quase um terço dos respondentes entende, contudo, que para a eficiência ambiental ser admitida na análise antitruste, tem de ser obtida por meio da operação para a qual se requer autorização.

Neste item, analisamos de que forma benefícios ambientais podem ser compreendidos como hipótese de abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

A CF, em seu artigo 170, inciso VI, estabelece a defesa do meio ambiente como princípio orientador da ordem econômica, e essa defesa deve efetivar-se, de acordo com o mesmo dispositivo, mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos, serviços e seus processos de elaboração e prestação. No capítulo 1, concluímos que a análise antitruste não pode ser indiferente a essa disposição, devendo, na consideração de benefícios ambientais no controle de estruturas e de condutas, conferir tratamento diferenciado e o devido peso constitucionalmente atribuído a produtos, serviços e seus processos de elaboração e prestação que causem, ou busquem causar, menor impacto ambiental.

A Lei nº 12.529/2011 alberga hipóteses em que o fator ambiental, na forma de benefícios ambientais, deve ser considerado. Quanto ao controle de estruturas, no que tange a atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, essa lei, em seu artigo 88, parágrafo 6º, estabelece que somente poderão ser autorizados se forem observados os limites necessários ao atingimento dos seguintes objetivos: i) cumulada ou alternativamente: o aumento da

produtividade ou da competitividade, a melhora da qualidade de bens ou serviços e/ou a propiciação de eficiência e de desenvolvimento tecnológico ou econômico; e ii) o repasse, aos consumidores, de parte relevante dos benefícios decorrentes da operação. Quanto ao controle de condutas, a mesma lei, em seu artigo 36, parágrafo 1º, estabelece que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito consistente em ato, sob qualquer forma manifestado, que objetive ou possa ter o efeito de dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Em um ato de concentração, o fator ambiental, na forma de benefícios ambientais, pode estar envolvido tanto com o aumento da produtividade e da competitividade de empresas, como com a melhora da qualidade de seus bens ou serviços ou com a propiciação de eficiência e de desenvolvimento tecnológico⁵³³ ou econômico. Ademais, é inerente ao benefício ambiental seu compartilhamento não apenas com consumidores, mas com toda a coletividade. Uma operação voltada a permitir que duas empresas desenvolvam tecnologia que lhes permita desempenhar suas atividades com padrão mais alto de sustentabilidade, por exemplo, com redução de impactos ambientais negativos e diminuição do uso de recursos ambientais, pode ser reconhecida como geradora de eficiências ambientais sob diversos ângulos: i) aumento da produtividade propiciado pela redução de custos com o emprego da nova tecnologia, que se utiliza de menos recursos ambientais; ii) aumento da competitividade, pois, como visto no subitem 1.2.2, empresas com atributos de sustentabilidade podem mostrar-se mais competitivas; e iii) melhora na qualidade de bens e serviços, que, em razão da nova tecnologia, são ofertados com menos riscos à saúde do consumidor e ao meio ambiente; entre outros.

O mesmo ocorre em relação a condutas, que podem revelar-se geradoras de benefícios ambientais que propiciam à empresa a conquista de mercado, inclusive em decorrência dos mesmos elementos apontados em relação às estruturas, como aumento da produtividade e da competitividade, melhora da qualidade de bens ou serviços e desenvolvimento tecnológico.

O fator ambiental, nos termos do arcabouço teórico adotado e desenvolvido neste trabalho, portanto, é apto a ser reconhecido, na forma de benefício ambiental, como objetivo contido em um dos incisos do parágrafo 6º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, ou, na forma de

⁵³³ A Lei nº 6.938/1981, em seu artigo 2º, inciso VI, prevê o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico voltados para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. A Declaração do Rio, em seu Princípio 9, prescreve que os Estados devem cooperar com vistas ao fortalecimento da capacitação endógena para o desenvolvimento sustentável, por meio do incentivo ao compartilhamento, desenvolvimento, difusão e transferência de tecnologias.

eficiência ambiental, como a eficiência de que trata o artigo 36, parágrafo 1º, da mesma lei, e receber o devido tratamento no controle de estruturas e de condutas, respectivamente. Nesse sentido, assim como em relação a elementos de caráter predominantemente econômico, como as eficiências econômicas, as eficiências e outros benefícios ambientais devem ser considerados na análise antitruste, e sua exclusão dessa análise não encontra fundamento jurídico.

Aliás, por vezes, a eficiência ambiental pode ser caracterizada, ao mesmo tempo, como uma eficiência econômica, quando alcançada, por exemplo, por meio da produção da mesma quantidade de produtos com o uso de menos recursos ambientais. Nessa hipótese, considerando-se a prática atual do antitruste, que reconhece eficiências econômicas, não haveria justificativa para a eficiência ambiental não ser recepcionada pela análise antitruste, com o auxílio de aparato econômico para sua mensuração como eficácia produtiva, alocativa ou transacional, e sua contabilização no cálculo dos efeitos líquidos da concentração ou conduta. Nesse caso, não haveria escusa para os modelos econômicos utilizados pelo antitruste não incorporarem a variável ambiental. O instrumental econômico poderia ser utilizado para a quantificação de eficiências, impactos, bens e danos ambientais, na medição da sustentabilidade de empresas, entre outras possibilidades. Não se trata de novidade, tendo em vista que desde a corrente de pensamento neoclássica, problemas ambientais são objeto de abordagem por meio dos mercados concorrenciais⁵³⁴, tendo sido desenvolvidas novas teorias e ferramentas econômicas para lidar com o fator ambiental, por exemplo, no âmbito da economia ambiental, da economia ecológica e da economia do desenvolvimento sustentável⁵³⁵.

No entanto, mais do que a incorporação da questão ambiental na análise antitruste em moldura econômica, que a faz refém de processo impreciso e contestável de quantificação de bens e valores ambientais, a orientação constitucional aponta para sua incorporação como princípio, valor ou interesse constitucionalmente protegido, e para que, em qualquer desses formatos, dialogue com a coletividade. Há dificuldade na matematização da questão ambiental e há severas críticas e ressalvas à possibilidade de mensuração de bens, impactos e outros

⁵³⁴ BÜRGENMEIER, Beat. *Economia do Desenvolvimento Sustentável*. Tradução de Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 13.

⁵³⁵ Citando *Beyond growth*, de Herman Daly, Dowbor esclarece que a economia do desenvolvimento sustentável se baseia, entre outros objetivos, na eficiência no uso dos recursos ambientais, bem como na equidade em sua distribuição, não assegurada pelos mecanismos de mercado (DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 131-132).

aspectos ambientais⁵³⁶. Partindo de dilema ético, uma nova visão do bem ambiental centra a preservação ambiental na garantia da dignidade humana, abandonando visões restritas que limitam o valor desse bem ao proveito econômico que proporciona⁵³⁷. Como converter em valor econômico uma eficiência ambiental relacionada à oferta de produto mais saudável e menos poluente, o qual gera benefícios concretos, diretos e comprovados à saúde humana e ao meio ambiente? Como mensurar o ganho na qualidade de um produto, viabilizado por uma associação entre empresas, o qual permite uma vida mais confortável para pacientes – figura que em muito difere da de consumidores – com determinada doença? Como expressar em números o valor da inclusão de uma classe de consumidores, antes excluída do consumo de determinado serviço relacionado à promoção da dignidade humana, propiciada pela criação de um novo modelo de prestação do serviço por uma empresa? Os exemplos evidenciam a carga de interesse da coletividade relacionada aos benefícios ambientais e sociais projetados para essas operações.

Assim, o meio ambiente, além de bem difuso, apresenta valores intangíveis e imponderáveis, que não podem ser adequadamente valorados sob a ótica econômica⁵³⁸. O instrumental econômico é insuficiente para o dimensionamento e a valoração da questão ambiental, principalmente por restringir sobremaneira ou excluir a concepção ética do desenvolvimento sustentável envolvida na defesa do meio ambiente. O bem ou benefício ambiental não se sujeita a pressupostos econômicos para o reconhecimento de seu valor, que é essencialmente extraeconômico. A ética econômica é excessivamente limitada para o fim da proteção ambiental, além de que, para tanto, por vezes, a cooperação é mais adequada do que a concorrência⁵³⁹. A ética do desenvolvimento sustentável, por sua vez, é pluralista, supera as limitações da ética econômica e incorpora elementos da ética ambiental, reconhecendo o grau

⁵³⁶ A valoração de uma eficiência ambiental pode apresentar as mesmas dificuldades da atribuição de valor a recursos naturais e a danos ambientais. Sobre a última valoração, ver: TESSLER, Marga Barth. O valor do dano ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Direito Ambiental em evolução* 2. Curitiba: Juruá, 2001. p. 165-182.

⁵³⁷ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156-157.

⁵³⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 739.

⁵³⁹ BÜRGENMEIER, Beat. *Economia do Desenvolvimento Sustentável*. Tradução de Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 259-262, 270-273. No mesmo sentido, Dowbor, que afirma que se deve inverter o raciocínio básico do *mainstream* econômico, para que se busquem soluções coletivas para a proteção do bem comum ambiental, privilegiando o paradigma da colaboração, em vez de o da competição (DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 131).

de incerteza envolvido com a questão ambiental, o valor intrínseco e a avaliação não monetária dos recursos naturais e os princípios da equidade e da responsabilidade intergeracional⁵⁴⁰.

A consideração da eficiência ambiental e de outros benefícios ambientais na análise antitruste, portanto, não deveria depender de seu enquadramento como eficiência econômica, de sua subsunção à racionalidade econômica e à equação custo-benefício, de sua conversão em números que invariavelmente se mostraria imprecisa para a medição de seu valor. Tal abordagem deveria seguir a lógica de valoração de outros elementos cuja mensuração econômica é impossível, inadequada ou contestável, como certas melhorias na qualidade de produtos e serviços ou o incremento na possibilidade de escolha do consumidor pela inserção de novo produto no mercado. A discussão sobre benefícios que, a princípio, não seriam mensuráveis economicamente, não representa uma proposta inovadora para a análise antitruste, pois o órgão antitruste já é obrigado a lidar com fatores que não se submetem à lógica econômica em razão de disposições da Lei nº 12.529/2011, como o artigo 88, parágrafo 6º, inciso I, “b”. Nesse sentido, retomamos Athayde⁵⁴¹, que ao defender uma concorrência qualitativa, abrangente de fatores como qualidade, variedade e inovação, afirma ser necessária a superação de critérios estritamente quantitativos na análise antitruste de condutas, em busca da “eficiência constitucionalizada”, com redistribuição dos efeitos concorrenciais para consumidores e sociedade.

Um outro aspecto relevante sobre a abordagem de eficiências e outros benefícios ambientais na análise antitruste diz respeito à necessidade de a autoridade antitruste ter a sensibilidade de identificar o ganho ambiental em casos em que isso não se mostra óbvio. A lógica para a contabilização de benefícios ambientais na análise antitruste tem particularidades e nem sempre a contribuição para o meio ambiente ecologicamente equilibrado por parte de agentes econômicos será de fácil apreensão. O fator ambiental localiza-se, muitas vezes, em custos sociais não internalizados⁵⁴², como a poluição⁵⁴³, os quais não são computados nos preços dos produtos e dos serviços. A eliminação, a neutralização ou a redução da poluição, por exemplo, pela adoção de nova tecnologia ou pela mudança de comportamento por parte de uma empresa, nem sempre aparentarão tratar-se de eficiência ambiental, pois é possível que

⁵⁴⁰ BÜRGENMEIER, Beat. *Economia do Desenvolvimento Sustentável*. Tradução de Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 259-262, 270-273.

⁵⁴¹ ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017. p. 18.

⁵⁴² BÜRGENMEIER, Beat. *Economia do Desenvolvimento Sustentável*. Tradução de Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 185-186, 279-281, 284.

⁵⁴³ Não se está tratando, aqui, de violação de normas ambientais.

não resultem na redução do preço do produto ou serviço. Ao contrário, poderão, inclusive, acarretar um aumento desse preço, hipótese em que caberá à autoridade antitruste ponderar os benefícios e os malefícios da operação ou conduta.

Na tarefa de consideração de benefícios ambientais na análise antitruste, cabe verificar as características do bem ambiental envolvido, do mercado relevante afetado, do consumidor eventualmente prejudicado por variações de preço quanto à sua maior ou menor vulnerabilidade, entre outros elementos. Cabem diversas ponderações, como, por exemplo, se o produto ou serviço envolvido é essencial à existência digna e à sadia qualidade de vida, e se o ganho ambiental, que é revertido à coletividade, supera o prejuízo social de tornar economicamente mais difícil o acesso a um produto por determinada classe de consumidores. Nessa avaliação é imprescindível levar em conta, ainda, que a externalidade ambiental negativa possui um espectro danoso bastante amplo: a poluição gerada por uma atividade econômica pode agredir a saúde humana de variadas formas, desvalorizar imóveis de uma região e, até mesmo, ser responsável por concentrar renda, porque o bem difuso ambiental, pertencente a todos, é apropriado ou lesado pelo particular e usufruído pelo consumidor dos produtos e serviços, enquanto que o ônus de sua atividade econômica, na forma de poluição e degradação ambiental, por exemplo, é dividido com toda a coletividade, inclusive com aqueles que, em razão de seu estado socioeconômico, não têm sequer condições de consumir o produto ou serviço. Assim, a neutralização, a eliminação e a redução do uso de recursos ambientais têm um valor singular relacionado às questões distributiva e redistributiva e ao compartilhamento com a coletividade de benefícios de variadas ordens, como ambientais, econômicos e sociais. Ademais, reitera-se a relevância da questão do impacto ambiental de produtos, serviços e seus processos de elaboração e prestação, objeto de menção pelo artigo 170, inciso VI, da CF.

Por um lado, como observa Andrews⁵⁴⁴, os custos para a eliminação da poluição podem se mostrar astronômicos, sendo adequado que sejam suportados pelo agente econômico gerador da poluição, de forma que algum grau de cooperação entre os concorrentes deve ser admitido para que tais custos sejam viáveis para os agentes econômicos privados e para que se evite duplicação de esforços entre esses e o Estado. Nesse exemplo, a questão deve ser avaliada à luz

⁵⁴⁴ ANDREWS, David. *Antitrust Law Meets the Environmental Crisis - An Argument for Accommodation*, 1 Ecology L.Q. (1971). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol1/iss4/6>>. Acesso em 15.06.2016.

das possibilidades realistas de eliminação da poluição. O autor conclui que inibir a cooperação entre empresas para a pesquisa antipoluição pode mostrar-se prejudicial ao interesse público.

Por outro lado, verifica-se uma tendência a presumir-se que ações e medidas adotadas por empresas para tornarem seus produtos, serviços, processos produtivos e atividades mais sustentáveis ou amigáveis ambientalmente sempre implicam dispêndios ou aumento de custos de produção de forma definitiva, com reversão no preço dos produtos e dos serviços. É preciso afastar esse preconceito, pois a implantação de ações, métodos e/ou tecnologias ambientais, ainda que demandem dispêndios por parte da empresa em um primeiro momento, a curto, médio e/ou longo prazos, não necessariamente representam custos repassados ao consumidor⁵⁴⁵. Eventuais custos decorrentes do engajamento ambiental da empresa podem ser absorvidos pela própria empresa, que pode obter, ao mesmo tempo, ganhos econômicos com a redução do uso de recursos ambientais, por exemplo⁵⁴⁶. Com uma conduta ambientalmente mais amigável, o agente econômico pode reduzir sua exposição a riscos como o de incidir em violações a normas ambientais e de gerar passivos ambientais, pode obter ganhos a sua imagem e reputação, com repercussão para o valor de suas ações e para sua competitividade. Cada vez mais a mentalidade sobre o assunto é alterada, de uma primeira visão de gastos e aumento de custos de produção, para um viés de economia, redução de riscos, valorização de ativos e incremento de competitividade. Segundo Sen⁵⁴⁷, pesquisas apontam para a conclusão de que, quanto maior a responsabilidade socioambiental empresarial, que consiste em uma demanda ética da sociedade, mais competitiva é a empresa.

⁵⁴⁵ São inúmeros os estudos que apontam isso. Cita-se estudo envolvendo uma sociedade que atua no ramo de engenharia no Brasil, a qual constatou que medidas por ela adotadas para redução de impactos ambientais e implantação e desenvolvimento de processos voltados à sustentabilidade (reaproveitamento de resíduos e da água da chuva, aquecimento solar e redução do desperdício de recursos ambientais) não alteraram o preço final de seus produtos, e que tais preços são equivalentes aos praticados pela concorrência. Ademais, a sociedade informou que houve um resultado financeiro decorrente de tais medidas sustentáveis, com a melhoria na produtividade, e que a sustentabilidade é um dos fatores que influencia na decisão do consumidor. O estudo conclui que a gestão ambiental daquela sociedade lhe propiciou um diferencial e ganhos em termos de competitividade (SOUZA, Jussara de Paula et al. Estudo de caso: o marketing verde e a empresa Saby Engenharia localizada na cidade de Goiânia-Goiás. *XIX Engema – Encontro Internacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente*. 04-05 dez 2017. Disponível em: <<http://engemausp.submissao.com.br/19/anais/arquivos/73.pdf>>. Acesso em: 30.01.2018).

⁵⁴⁶ Nusdeo relata o caso das indústrias de celulose e papel que, para o cumprimento da legislação antipoluição dos países escandinavos, instalaram mecanismos de recuperação de substâncias químicas que não apenas atenderam aos parâmetros legais, mas que geraram lucros para as empresas em razão da redução dos gastos com matéria-prima (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 309-301).

⁵⁴⁷ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 366.

O “crescimento verde” é uma diretriz da União Europeia, que se posiciona no sentido de que “é possível proteger o ambiente e, simultaneamente, manter a posição competitiva da UE no mercado mundial”, além de que “a introdução e a exportação de inovações ambientais reforçam a competitividade da Europa e melhoram a qualidade de vida dos cidadãos”⁵⁴⁸. A UE reconhece, inclusive, que “a política ambiental pode desempenhar um papel determinante na criação de postos de trabalho e no incentivo ao investimento”⁵⁴⁹. A Comissão Europeia, diante de um quadro de intensificação do aumento de preços de recursos naturais, escassez e dependência de importações, prevê que a competitividade da Europa e a capacidade de crescimento sustentável dependem da melhoria da eficiência no uso de recursos ambientais em toda a economia, e do controle e da redução de emissões de carbono⁵⁵⁰. O 7º Programa de Ação em Matéria de Ambiente (EAP), que orientará a política ambiental europeia até 2020 e que estabelece pretensões para até 2050, registra que os impactos ao meio ambiente devem ser contabilizados e os sinais do mercado devem refletir os verdadeiros custos ambientais, o que envolve, entre outras medidas, a eliminação progressiva dos subsídios prejudiciais ao meio ambiente e a expansão de mercados para bens e serviços ambientais⁵⁵¹. Há preocupação, ainda, de que haja a plena integração dos requisitos e considerações ambientais por outras políticas⁵⁵².

A Comissão Europeia, já há algumas décadas, tem admitido acordos voluntários voltados a objetivos ambientais, desde que respeitem as regras concorrenciais e a regulação ambiental comunitárias, do que resulta que acordos que propõem a redução do uso de material plástico, de riscos ambientais ou do consumo de energia têm recebido isenção antitruste, ampliando-se os tipos de benefícios admitidos na avaliação de acordos⁵⁵³. Já em 1999, a Comissão analisou e julgou válido um acordo celebrado entre 16 empresas fabricantes de TVs e videocassetes com o objetivo de reduzirem o consumo de energia por parte dos aparelhos quando em modo *standby*, caso que ficou conhecido por envolver a *European Association of Consumer Electronics Manufacturers* (EACEM)⁵⁵⁴. Enquanto em alguns casos mostrou-se

⁵⁴⁸ Informação disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/environment_pt>. Acesso em 08.11.2017.

⁵⁴⁹ Informação disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/environment_pt>. Acesso em 08.11.2017.

⁵⁵⁰ Informação disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/action-programme/objectives.htm>>. Acesso em 08.11.2017.

⁵⁵¹ Informações disponíveis em: <<http://ec.europa.eu/environment/action-programme/objectives.htm>>. Acesso em 08.11.2017.

⁵⁵² Informação disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/action-programme/>>. Acesso em 08.11.2017.

⁵⁵³ Ver: Exxon-Shell [1994] OJ L 144/21 paras. 67 e 68 (LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Direito concorrencial europeu*. Leme: J.H. Mizuno, 2008. p. 151-152).

⁵⁵⁴ FINNEGAN, John. The European Commission acknowledges the voluntary commitment offered by the EACEM to reduce stand by power use of TVs and VCRs for environmental purposes (European association of consumer electronics manufacturers). *e-Competitions Bulletin*, January 1998, Art. n° 39471. Disponível em

suficiente, para a decisão da Comissão, o argumento de melhorias nas condições ambientais, em outros casos, foi relevante a presença concomitante de eficiências econômicas – redução de custos de produção, uso de novas tecnologias e aumento da capacidade de produção – e de economia de custos para o consumidor. Em suma, em alguns casos mais recentes, a Comissão tratou de melhorias das condições ambientais como benefícios à sociedade, e não apenas ao consumidor, e as considerou relevantes o suficiente para garantir a isenção antitruste⁵⁵⁵ de acordos entre empresas, ainda que deles decorram efeitos anticoncorrenciais⁵⁵⁶.

No caso “DSD”⁵⁵⁷, a Comissão Europeia observou que o acordo, além da geração de economias de escala, conferia efeitos práticos à política ambiental comunitária relacionados ao desperdício em empacotamentos. Em outro exemplo, o caso “CECED”⁵⁵⁸, a Comissão isentou um acordo entre fabricantes de máquinas de lavar com vistas a retirar do mercado máquinas que consumiam níveis altos de energia elétrica em seu funcionamento, mesmo considerando que essas máquinas eram mais baratas e havia concorrentes que não detinham tecnologia para realizar a substituição de seus produtos. Nesse último caso, a Comissão destacou a relevância dos benefícios ambientais, inclusive para os consumidores, que consumiriam menos energia e gastariam menos, compensando o aumento do preço dos bens objeto do acordo.

No âmbito da Comissão Europeia, também é frequente e de longa data a discussão sobre as ajudas estatais às empresas, voltadas a melhorias ambientais em produtos, serviços e processos produtivos. Essa discussão recai sobre a complexa coexistência entre a defesa da concorrência e a ajuda estatal para o alcance de objetivos ambientais, considerada por uns, dada a peculiaridade do contexto europeu, uma distorção das condições “normais” concorrência⁵⁵⁹.

<<https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/January-1998/The-European-Commission-39471>>. Acesso em 10.11.2017.

⁵⁵⁵ Sobre a questão da isenção antitruste no âmbito da União Europeia, direcionada a acordos de pesquisa e desenvolvimento que possam resultar em inovação em relação à proteção ambiental, e à acordos para a promoção da produção e distribuição de produtos verdes, ver: UNCTAD. *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat*. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/trbpconf8d6_en.pdf>. Acesso em 08.01.2018.

⁵⁵⁶ Ver: Exxon-Shell [1994] OJ L 144/21 paras. 67 (LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Direito concorrencial europeu*. Leme: J.H. Mizuno, 2008. p. 152-153).

⁵⁵⁷ [2001] OJ L 319/1 paras. 143-5 (LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Direito concorrencial europeu*. Leme: J.H. Mizuno, 2008. p. 152).

⁵⁵⁸ [2000] OJ L 187/47 (LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Direito concorrencial europeu*. Leme: J.H. Mizuno, 2008. p. 152-153).

⁵⁵⁹ TORRE-SCHAUB, Marta. *Economics and Environmental Law: dealing with competition law and environmental principles in the European Union context*. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/TorreSchaubForum.pdf>. Acesso em 04.02.2018.

Em documento intitulado *Information from the Commission, Community guidelines on State aid for environmental protection*⁵⁶⁰, de 2001, ao tratar do tema, a Comissão Europeia afirma que as políticas de defesa da concorrência e do meio ambiente não são antagônicas, e que os requisitos de proteção ambiental devem ser integrados na definição e na implementação da política antitruste, em especial para promover-se o desenvolvimento sustentável. Em caso que ficou conhecido como o dos “certificados verdes” da Romênia⁵⁶¹, a Comissão considerou válida a ajuda estatal ao sistema de emissão de certificados verdes para empresas produtoras de energia por fontes renováveis. Apesar do exemplo envolver direito e política concorrencial comunitária, que compreende preocupação específica com a manutenção de um ambiente concorrencial hígido entre empresas de diferentes países integrantes do bloco, o caso importa às discussões tidas neste trabalho, pois trata da abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

Entre as autoridades nacionais da concorrência europeias, a questão ambiental também tem sido frequentemente debatida. A autoridade antitruste francesa (*Autorité de la concurrence*)⁵⁶² apreciou caso envolvendo as Organizações de Responsabilidade de Produtores (*Producer Responsibility Organizations – PROS*)⁵⁶³, formadas por produtores que se associaram para a realização, em conjunto, do manejo dos resíduos de sua produção, especialmente para a coleta de lixo após o uso dos produtos, em razão de que, com base no princípio da responsabilidade, os produtores são responsáveis pelo descarte de seus produtos. Referidas PROS, contudo, passaram a monopolizar o mercado de coleta e reciclagem do ramo em que atuavam. Mesmo assim, a autoridade francesa entendeu válida sua existência e atuação, emitindo parecer favorável a elas, com algumas ressalvas.

A autoridade antitruste italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCM*)⁵⁶⁴, por sua vez, teve anulada, pelo Judiciário italiano, sua decisão de condenação e

⁵⁶⁰ Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0203\(02\)&rid=1](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0203(02)&rid=1)>. Acesso em 17.02.2016.

⁵⁶¹ European Commission. *State aid SA. 33134 2011/N – RO – Green certificates for promoting electricity from renewable sources*. Brussels, 13.07.2011, C(2001)4938. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/240906/240906_1239907_192_2.pdf>. Acesso em 14.11.2017.

⁵⁶² Responsável por analisar e regular o funcionamento da concorrência nos mercados, para salvaguardar a ordem econômica pública. Informação disponível em: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=12&lang=fr>. Acesso em 02.11.2017.

⁵⁶³ *Autorité de la concurrence. Avis n° 12-A-17 du 13 juillet 2012 concernant le secteur de la gestion des déchets couvert par le principe de la responsabilité élargie du producteur*. Paris, 13.07.2012. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/12a17.pdf>>. Acesso em 01.11.2017.

⁵⁶⁴ Responsável por, entre outras atribuições: assegurar a proteção da concorrência e do mercado, opor-se a práticas comerciais desleais para com os consumidores e as microempresas, proteger as empresas de publicidade enganosa

imposição de medidas ao consórcio COBAT, criado por lei e que detinha monopólio legal sobre o mercado de coleta e reciclagem de pilhas e baterias, monopólio esse que teve continuidade mesmo após sua revogação. A decisão judicial fundamentou-se na proteção ao meio ambiente propiciada pelo serviço prestado pelo consórcio⁵⁶⁵. Em outro caso, com vistas a afastar preocupações concorrenciais, a AGCM celebrou acordo com o COMIECO, um consórcio de empresas produtoras de embalagens de papel que detinha significativa participação no mercado, e que foi criado para recolhimento e reciclagem dessas embalagens e repasse da popa de celulose, a preços pré-fixados, para as empresas que o integravam⁵⁶⁶. O que importa para a discussão tida neste subitem é que a continuidade do consórcio somente foi admitida mediante a celebração do acordo e porque, entre outros motivos, a AGCM entendeu que sua atuação gerava benefícios ao meio ambiente.

De relatório conjunto das autoridades antitruste dos países nórdicos (Noruega, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Islândia, Groelândia e Ilhas Feroe)⁵⁶⁷, consta que a concorrência pode apoiar a política ambiental, permitindo que os preços reflitam a transmissão de externalidades ambientais e reconhecendo esforços de inovação e melhorias de eficiência que contribuam para a política ambiental ser bem-sucedida. De acordo com esse relatório, os benefícios ambientais podem ser aduzidos como defesa de práticas horizontais ou arranjos restritivos no direito da concorrência, mas existem requisitos rigorosos a serem cumpridos: a medida deve ser proporcional aos seus objetivos; deve haver benefícios econômicos líquidos em termos de redução da pressão ambiental resultante das práticas ou dos acordos em questão – em comparação com uma linha de base onde nenhuma ação é tomada – e os benefícios econômicos esperados devem superar os custos, que incluem os efeitos da concorrência reduzida, os custos de conformidade para operadores econômicos e os efeitos sobre terceiros.

e comparativa e garantir que não haja cláusulas abusivas nas relações contratuais entre empresas e consumidores. Informações disponíveis em: <<http://www.agcm.it/istituzione/i-compiti.html>>. Acesso em 02.11.2017.

⁵⁶⁵ Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta). Caso n. 03013/2011REG.PROV.COLL. Roma. 20.05.2011. Disponível em: <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/CdS_/CdS_3013_2011_VI.pdf>. Acesso em 10.11.2017.

⁵⁶⁶ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Caso n. I730 – *Gestione dei Rifiuti cartacei* – COMIECO – *Provvedimento n. 20932*. Disponível em: <<http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/download/41256297003874BD/7F771DA8807FEF2FC125770500311FD3.html?a=p20932.pdf>>. Acesso em 10.11.2017.

⁵⁶⁷ Report from the Nordic competition authorities N. 1/2010. *Competition Policy and Green Growth, Interactions and challenges - A joint report by the Nordic competition authorities*. Disponível em: <http://www.samkeppni.is/media/skyrslur/ymsar_skyrslur/competition_policy_and_green_growth_final_version.pdf>. Acesso em 10.10.2017

Contrabalanceando os exemplos de prevalência do aspecto ambiental, mas reforçando o rol de amostras de abordagem substancial da questão ambiental em análises antitruste, cita-se julgado da autoridade antitruste holandesa (*Autoriteit Consument & Markt – ACM*)⁵⁶⁸, em caso curioso em razão da forma como a “racionalidade” econômica se impôs, e que ficou conhecido como “acordo das galinhas” (*Chicken of Tomorrow*)⁵⁶⁹. Produtores de frango foram investigados por terem, juntos, celebrado acordo com supermercados, visando melhorar as condições de vida dos animais, com a implementação de medidas como a criação de um menor número de animais por metro quadrado e a garantia de que fossem alimentados com rações sustentáveis ou ecologicamente responsáveis. A ACM entendeu que a prática poderia ofender a legislação local (*Dutch Competition Act*) e o TFUE, uma vez que o acordo impedia os consumidores de comprarem frangos “não sustentáveis”, porque os supermercados participantes do acordo detinham 95% de participação no mercado envolvido. A ACM realizou, então, pesquisa entre consumidores, cujo resultado foi o de que eles estavam dispostos a pagar 0,68 euros a mais por quilo de frango criado com melhores condições para o animal e 0,14 euros por quilo de frango criado de maneira mais sustentável, o que significava a admissão de um acréscimo de 0,82 no preço do frango criado no padrão do *Chicken of Tomorrow*. A ACM calculou que o impacto no preço do frango, em caso de admissão do acordo investigado, seria de 1,46 euros, e, entendendo que haveria ainda uma redução da concorrência entre o “frango sustentável” e o frango “padrão”, decidiu invalidar o mencionado acordo. Esse caso é bastante exemplificativo da subjetividade que envolve a questão da adequação da aplicação da racionalidade econômica como critério da análise antitruste quando envolvida a questão ambiental, manifestada, em grande parte, por um valor extraeconômico, de conteúdo ético, o qual, no caso comentado, poderia ter sido perfeitamente compreendido como superior, em termos de benefício líquido para a coletividade, ao impacto da diferença do preço do produto na renda dos consumidores, inclusive das camadas mais desfavorecidas daquela população.

Há diversos exemplos de abordagem da questão ambiental na análise antitruste também fora do circuito europeu. A autoridade antitruste australiana (*Australian Competition and*

⁵⁶⁸ Responsável por garantir uma concorrência leal entre as empresas e proteger os interesses dos consumidores, conforme informação disponível em: <<https://www.acm.nl/en>>. Acesso em 24.06.2016.

⁵⁶⁹ Authority for Consumers and Markets. *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf>. Acesso em 03.11.2017.

Consumer Commission – ACCC)⁵⁷⁰ tem considerado como eficiência a solução de falhas de mercado, como a externalidade ambiental, decidindo pela concessão de proteção legal a arranjos industriais potencialmente anticompetitivos, sob o fundamento da utilidade pública⁵⁷¹. A ACCC autorizou arranjos que buscavam conferir tratamento a externalidades ambientais, cujos custos ambientais decorrentes da produção e/ou do consumo não são refletidos nos preços dos produtos. Para tanto, levou em consideração o fato de que os participantes do mercado não tinham incentivo para engajar-se unilateralmente na internalização de tais externalidades, de modo que os preços refletissem melhor os custos e benefícios totais da produção e do consumo. A ACCC concluiu que, ainda que desses arranjos decorressem restrições à concorrência e que fosse possível o alcance da citada internalização por outros meios, a cooperação entre concorrentes mostrava-se um instrumento para a solução do problema da externalidade ambiental, o que refletia na eficiência, desde que os efeitos benéficos esperados fossem prováveis em um futuro previsível. Assim, a ACCC autorizou a Federação Australiana de Fabricantes de Tintas (APMF) a impor uma arrecadação, em valor específico por litro, no fornecimento por atacado de tintas arquitetônicas e decorativas na Austrália, com a finalidade de que o valor fosse revertido para o financiamento de teste de coleta de tintas para resíduos, considerando que tal estudo contribuiria para o desenvolvimento de um sistema nacional com aquela finalidade, melhorando a eficiência de tal coleta e reduzindo danos ambientais causados pelo descarte inadequado do residual do produto⁵⁷².

Em outro caso⁵⁷³, a ACCC autorizou a *Refrigerant Reclaim Australia* (RRA) a adotar um sistema de gerenciamento para recuperação, armazenamento e descarte com segurança de produtos relacionados a sistemas de refrigeração, reduzindo a emissão de gases de efeito estufa, para o que foi necessária a cobrança de uma taxa por quilo. A autoridade antitruste australiana levou em conta que os participantes do mercado não tinham incentivo para se engajar unilateralmente no tratamento da externalidade ambiental negativa em um mercado

⁵⁷⁰ Responsável por promover a concorrência e o comércio justo nos mercados para beneficiar os consumidores, as empresas e a comunidade, bem como por regular os serviços de infraestrutura nacional. Informação disponível em: <<https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission>>. Acesso em 24.06.2016.

⁵⁷¹ Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. *Policy Roundtables – The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*. DAF/COMP(2012)23. 02 May 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>>. Acesso em 22.05.2016.

⁵⁷² Australian Competition and Consumer Commission. Determination, application for authorisation N. A91251, 20 April 2011. Informação disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>>. Acesso em 22.05.2016.

⁵⁷³ Australian Competition and Consumer Commission. Determination, application for authorisation N. A91256, 12 May 2011. Informação disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>>. Acesso em 22.05.2016.

competitivo, de modo que do acordo entre concorrentes resultaria um benefício público líquido: uma maior conformidade com a regulamentação ambiental e a redução na emissão de substâncias destruidoras de ozônio e de gases sintéticos de efeito estufa.

Para a autoridade antitruste sul-coreana, *Korea Fair Trade Commission* (KFTC)⁵⁷⁴, são tipos válidos de eficiência não apenas os ganhos relacionados a vendas, à produção, à pesquisa e ao desenvolvimento, mas também os relativos a toda a economia, como o aumento do emprego, o desenvolvimento da economia regional e da indústria, a estabilidade econômica, o fornecimento sustentável de energia e a conservação ambiental. Essa compreensão sobre eficiência ocorre a partir de uma perspectiva mais ampla de política pública, para além da política de concorrência, que aponta para uma maior importância da busca de interesses públicos de longo prazo em comparação com a busca de eficiência econômica de curto prazo. O Supremo Tribunal da Coreia do Sul já decidiu que, ao se analisar ganhos de eficiência, a produção, as vendas, a pesquisa e o desenvolvimento de uma empresa, bem como o desenvolvimento equilibrado da economia nacional, devem ser considerados de forma abrangente⁵⁷⁵. A defesa da concorrência na Coreia do Sul, em troca da restrição da concorrência decorrente de concentrações, exige benefícios para a sociedade como um todo e a eficiência da economia nacional, não bastando que as empresas envolvidas em uma operação desfrutem de economia de custos, pois isso significa apenas a transferência de riqueza de fornecedores de matérias-primas para aquelas empresas e um ganho de eficiência descendente incerto.

A autoridade antitruste japonesa (*Japan Fair Trade Commission – JFTC*)⁵⁷⁶, na análise de concentrações, também admite eficiências ambientais, desde que contribuam para o bem-estar dos usuários do produto ou serviço, como quando se desenvolve tecnologia

⁵⁷⁴ Responsável por promover a concorrência, reforçar os direitos dos consumidores, garantir um ambiente competitivo para subcontratados de pequena e média dimensão e restringir a concentração de poder econômico. Informação disponível em: <<http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=494>>. Acesso em 25.02.2018.

⁵⁷⁵ Supreme Court Announcement 2006 ㉞6659 Ruling, 29 May 2008. Informação disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>>. Acesso em 22.05.2016.

⁵⁷⁶ Responsável por supervisionar as funções do mercado, a economia e as atividades empresariais, a fim de prevenir ou detectar atos contra a Lei Antimonopólio japonesa, e por regulamentar e tomar medidas contra atos ilegais. Informação disponível em: <http://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/role.files/1009role_all.pdf>. Acesso em 10.07.2017.

ambientalmente correta, e desde que sejam específicas da operação e não possam ser alcançadas por outros meios menos restritivos da concorrência⁵⁷⁷.

No Canadá, a Suprema Corte (*Supreme Court of Canada*), em caso conhecido como “Tervita Corp. v. Comissário Canadense da Concorrência”, cujas empresas envolvidas atuavam no ramo de aterro sanitário para descarte de lixo industrial, esclareceu que benefícios ambientais resultantes de uma fusão podem ser considerados na análise antitruste, desde que devidamente quantificados e que tenham impacto econômico⁵⁷⁸.

Como mostram os inúmeros exemplos citados de decisões da Comissão Europeia e de autoridades antitruste e do Poder Judiciário ao redor do mundo, há hipóteses em que é inequívoca a conexão entre o fator ambiental e a concorrência.

A UNCTAD⁵⁷⁹ já se manifestou sobre a existência de complementaridade entre a política de defesa da concorrência e outras políticas governamentais voltadas ao alcance do desenvolvimento sustentável, inclusive no que tange à sua dimensão ambiental. Apontou como essencial que a aplicação da lei antitruste se dê a partir da perspectiva do desenvolvimento sustentável, integrando suas dimensões ambiental e social, devendo-se avaliar o impacto de acordos e práticas de empresas para o alcance desse paradigma de desenvolvimento, e considerar a promoção de tecnologias ecológicas, de processos produtivos ecologicamente corretos e a produção e distribuição de produtos verdes. A UNCTAD também registrou a importância de não se desincentivar a cooperação horizontal ou vertical para o desenvolvimento conjunto desses meios de alcance de melhorias na utilização de recursos naturais e da proteção ambiental. Como afirma Rowe⁵⁸⁰, o antitruste pode acelerar ou retardar a redução de impactos ambientais ao permitir ou não arranjos horizontais, e leis antitruste podem inviabilizar ou

⁵⁷⁷ Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. *Policy Roundtables – The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*. DAF/COMP(2012)23. 02 May 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>>. Acesso em 22.05.2016.

⁵⁷⁸ HUTTON, Susan M.; LASKEY, Michael. The Canadian Supreme Court clarifies the notion of "prevention" of competition and revitalizes efficiencies defence in a merger case (Tervita). *e-Competitions Bulletin*, 22 Jan 2015, Art. n. 70968. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/january-2015/The-Canadian-Supreme-Court-70968?erreur=lien_perime>. Acesso em 21.11.2017.

⁵⁷⁹ Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat*. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6_en.pdf>. Acesso em 08.01.2018.

⁵⁸⁰ ROWE, Frederick M. Antitrust Policies and Environmental Controls. *The Business Lawyer*, v. 29, n. 3, 1974. p. 897–911. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40685265>>. Acesso em 09.04.2017.

intimidar a colaboração entre empresas para a consecução de ações de interesse ambiental, resultando em limitação à atuação conjunta de empresas que traria benefícios ambientais.

Na definição de o que poderia ser considerado como eficiência ambiental, uma vez que as normas em vigor não são claras a respeito, é possível extrair subsídios de diversas fontes, tal como o Pacto Global das Nações Unidas, que envolve a comunidade empresarial internacional no cumprimento dos princípios ambientais. Esse Pacto prevê, em seu Princípio 9, que as empresas devem incentivar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ecológicas ou ambientalmente amigáveis, tal como definidas na Agenda 21 da Declaração do Rio. O documento faz referência a tecnologias que protejam o meio ambiente, sejam menos poluentes, usem recursos ambientais de forma mais sustentável, reciclem resíduos e produtos e procedam com os resíduos restantes de modo mais aceitável do que as tecnologias que substituem⁵⁸¹.

Ainda quanto à definição de eficiência ambiental, o Cade pode tomar por base, também, os critérios e as práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, estabelecidos pelo Decreto nº 7.746/2012⁵⁸². Em seus artigos 4º a 6º, esse decreto indica como critérios e práticas de sustentabilidade, entre outros: i) baixo impacto sobre recursos naturais; ii) preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; iii) maior eficiência na utilização de recursos naturais; iv) maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; v) uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; vi) origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; vii) utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento; viii) aquisição de bens constituídos por material renovável, reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade; ix) contratação de obras e serviços de modo a proporcionar a economia da manutenção, a operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental⁵⁸³.

⁵⁸¹ Informação disponível em: <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-9>>. Acesso em 16.11.2017.

⁵⁸² Regulamenta o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993. Foi alterado pelo Decreto nº 9.178/2017, em vigor desde 24.10.2017, exceto quanto à alteração do artigo 2º do Decreto nº 7.746/2012, em vigor em 180 dias após a publicação do decreto, conforme seu artigo 3º.

⁵⁸³ O artigo 2º, parágrafo único, do decreto comentado determina que a adoção de tais critérios e práticas de sustentabilidade deve preservar o caráter competitivo do certame.

Além disso, o Decreto nº 7.746/2012 prevê, em seu artigo 8º, que a comprovação das exigências relacionadas à sustentabilidade poderá ser feita “mediante certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada”, solução que pode ser adotada pelo Cade no acompanhamento da efetiva realização das eficiências ambientais alegadas pelas partes de uma operação aprovada e por aquele que afirma a incidência do parágrafo 1º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Uma possível forma de confirmar se uma produção é sustentável é verificar o atendimento às normas certificadoras da série ISO 14.000, cuja normatização é proposta pela *International Organization for Standardization* – ISO, organização técnico-científica não governamental, e que são oficializadas no Brasil pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, tendo eficácia de típicas leis de mercado⁵⁸⁴.

Um possível obstáculo ou dificultador para o reconhecimento da eficiência ambiental na análise antitruste é a exigência de que seja “específica da operação”, o que, nos termos do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade, significa que a eficiência, para ser considerada na análise antitruste, deve ser obtida com a operação, e não por outro meio ou de forma independente pelas partes⁵⁸⁵. Essa condição, contudo, não encontra amparo na Lei nº 12.529/2011, da qual consta apenas que os benefícios devem ser decorrentes da operação, possibilitando interpretar que não se exige que somente possam ser obtidos por meio dela⁵⁸⁶.

Também se mostra como obstaculizador ou dificultador da incorporação da eficiência e de outros benefícios ambientais na análise antitruste a exigência de que sejam quantificáveis. O próprio Cade, contudo, já admitiu a consideração de eficiências “não quantificáveis” na

⁵⁸⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71-72.

⁵⁸⁵ Um exemplo de eficiência ambiental específica da operação: duas indústrias associam-se para que uma delas passe a aproveitar, em seu processo produtivo, o que era material descartado como lixo pela outra, a qual, anteriormente, arcava com transporte de tal material por longa distância, até a localização do descarte. Somente por meio dessa associação que o referido material passou a integrar novo ciclo produtivo, reduzindo o uso de recursos naturais, o volume de lixo produzido pela indústria, a poluição gerada pelo transporte do material, entre outras possíveis eficiências ambientais, com uma produção mais limpa por parte da indústria que passou a aproveitar o material anteriormente destinado a descarte.

⁵⁸⁶ Um exemplo de eficiência ambiental que pode não vir a ser considerada como específica da operação, tendo em vista o método adotado pelo Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade: duas empresas associam-se para desenvolver um parque solar para geração de energia de forma menos nociva ao meio ambiente e que atenda à atividade econômica de ambas. A despeito de mostrar-se como uma eficiência ambiental e de, em razão dos elevados custos envolvidos, somente interessar àquelas empresas se desenvolvido em conjunto, o parque solar pode não ser considerado como uma eficiência específica da operação, sob o argumento de que prescindia da associação para ser criado, em menor escala talvez, por cada empresa individualmente.

análise antitruste, como julgamento do ato de concentração nº 08012.005747/2006-21⁵⁸⁷, em que o conselheiro relator, em seu voto, consignou que, para aprovação da operação, era imprescindível a celebração de TCD que contemplasse tais eficiências⁵⁸⁸.

Por fim, para a concretização da hipótese de abordagem da questão ambiental na análise antitruste tratada neste subitem, cabe às partes, na notificação de atos de concentração em que se alega a geração de benefícios ambientais, demonstrar sua relação com o aumento da produtividade ou da competitividade, a melhora da qualidade de bens ou serviços e/ou o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Cabe ao agente econômico, na justificativa de domínio de mercado pautado em eficiência ambiental, demonstrar a plausibilidade do argumento, comprovando a relação entre a eficiência e o ganho de mercado. Não basta, como se verificou recorrente no resultado da pesquisa tratada no item 2.1, que as partes, os investigados e outros apenas aleguem nos autos, vaga e timidamente, aspectos de sustentabilidade de produtos, serviços ou processos produtivos, ou sua migração para tornarem-se mais amigáveis em termos ambientais. O ideal é que, sempre que a alegação demande, sejam apresentados esclarecimentos e/ou juntados estudos e pareceres técnicos, demonstrando o alegado, de forma a tornar o argumento em favor da operação ou da conduta mais robusto, sob pena de o Cade permanecer ignorando alegações da espécie em razão de sua precariedade.

Cabe também aos demais possíveis atores dos procedimentos administrativos que tramitam no Cade, como o Ministério Público, os concorrentes do agente econômico envolvido, os órgãos, as entidades e as associações voltados à defesa do meio ambiente e do consumidor, manifestarem-se nos autos para debater aspectos de sustentabilidade e da proteção e preservação do meio ambiente, seja acrescentando informações sobre as práticas do agente econômico envolvido, seja impugnando alegações de eficiência e outros benefícios ambientais, seja contribuindo com esclarecimentos sobre como determinada atividade econômica ou específico produto, serviço ou processo produtivo interage com o meio ambiente e as repercussões concorrenciais disso, entre outras possibilidades.

⁵⁸⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08012.005747/2006-21. Requerentes: América Latina Logística S.A. – ALL e outras. Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz. Aprovação condicionada à celebração de TCD e à imposição de restrições, em 18.04.2007.

⁵⁸⁸ Nesse caso, as eficiências “não quantificáveis” consistiram em externalidades de rede, relativas a modais logísticos, que possibilitariam uma maior conectividade de rotas que envolviam mais de uma empresa concessionária. Essa conectividade, na prática, em razão dos custos de transação, mostrava-se difícil, mas poderia ser viabilizada por meio da associação de empresas, que possibilitaria também novas rotas, benefícios operacionais aos ofertantes do serviço, que utilizariam com maior eficiência a malha disponível, e benefícios não quantificáveis economicamente, em termos de reduções esperadas de custos.

Como apontaram respondentes do questionário, mostra-se como possível obstáculo ou dificultador para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, a não apresentação ao Cade, nos requerimentos de aprovação de ato de concentração ou em justificativas para a conquista de mercado, de matéria ambiental, como eficiências e outros benefícios ambientais. Assim também quanto à não apresentação de informações ou contribuições, por parte de concorrentes, entidades e órgãos legitimados para a defesa ambiental, entre outros, para incitar ou fomentar a discussão de questões ambientais na análise antitruste.

Neste item, concluímos que a consideração de eficiências e de outros benefícios ambientais na análise antitruste é viável, é plausível e, principalmente, no caso brasileiro, encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, sendo um dever do órgão antitruste incorporar o fator ambiental à análise antitruste, na busca do ambiente concorrencial prescrito pela CF, harmônico com os princípios, valores e objetivos da ordem econômica constitucional.

3.2 – Violações a normas ambientais, marketing ambiental enganoso, carteis ambientais e outras práticas que conectem o poder econômico ou a concorrência a aspecto ambiental: readequação da trajetória rumo ao desenvolvimento sustentável

No item 1.2, para a apresentação de proposta para uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste, condizente com o quanto prevê a CF, concluímos pela necessidade, no âmbito da análise antitruste, de: i) admitir que pode haver relação entre o exercício abusivo de poder econômico e a exploração e dominação de recursos ambientais; ii) reinterpretar ou ressignificar os conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar e interesse do consumidor, para que incluam o fator ambiental; e iii) reconhecer, efetivamente, a coletividade como titular dos interesses protegidos pelo antitruste, e promover a emancipação do consumidor a cidadão. Essa proposição implica que se reflita sobre a existência de questão ambiental – principalmente quando seus efeitos forem prejudiciais à concorrência, pois, diferentemente do que ocorre no caso de benefícios ambientais, os agentes econômicos envolvidos não anunciarão a existência da questão ambiental nos autos – e confira-se a ela o adequado tratamento na análise antitruste.

Nos subitens 2.2.1 a 2.2.3, 2.2.5 e 2.2.9, ao analisarmos o resultado obtido por meio da pesquisa realizada com a submissão de questionário, pudemos verificar que a maioria dos respondentes é favorável à abordagem da questão ambiental na análise antitruste (os percentuais de respondentes para as questões 1, 2, 3 e 5, às quais correspondem subitens citados, são, em ordem: 75%, 68,75%, 68,75%, e 56,25%), em controle de estruturas e de condutas, em hipóteses

de: i) violação a normas ambientais ou marketing ambiental enganoso, desde que tenham como desdobramento algum dos efeitos previstos nos incisos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11; ii) conquista de mercado com nexos de causalidade com a violação a normas ambientais, e iii) situação de irregularidade ambiental por parte de agentes econômicos que pleiteiam autorização do Cade para atos de concentração.

Neste item, analisamos, como hipóteses de abordagem da questão ambiental na análise antitruste, práticas que conectam o poder econômico ou a concorrência a aspecto ambiental, com repercussão – potencial ou efetiva – negativa para a concorrência e/ou para o meio ambiente, do que podem ser exemplos a violação a normas ambientais, o marketing ambiental enganoso, os cartéis ambientais, a exigência de padrões ambientais excessivamente altos como forma de discriminar concorrentes, a associação entre empresas violadoras de normas ambientais que se utilizam de seu poder econômico para descumprir normas ambientais, protelar a solução de problemas ambientais e/ou assegurar sua impunidade quanto a esse descumprimento, entre outras. Tais práticas são analisadas quanto à possibilidade de configurarem: i) infração à ordem econômica, com enquadramento em hipótese contida em um dos incisos do *caput* no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011; ii) fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, com base no artigo 45, inciso I ou V, da mesma lei; iii) impedimento para o reconhecimento de eficiência como justificativa para o domínio de mercado, prevista no artigo 36, parágrafo 1º, dessa lei, e/ou impedimento para a aprovação de ato de concentração, por contrariar-se o disposto no artigo 170, inciso V e/ou VI, da CF, tendo em vista que o desenvolvimento da atividade econômica dá-se em desarmonia com o quanto prevê a ordem econômica constitucional, não sendo, a princípio, do interesse da coletividade que seja fomentado ou fortalecido com a concentração, salvo se condicionada à adoção de solução para o problema concorrencial-ambiental. Conforme o caso, mostram-se como fundamento jurídico para as configurações indicadas, ainda, o artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, no que tange aos princípios da defesa do consumidor, da livre concorrência e da função social da propriedade, e o artigo 170, incisos III, IV, V e VI, da CF.

A violação de normas ambientais é capaz de provocar o que Salomão Filho⁵⁸⁹ tratou como padrões diferentes de concorrência, que se dividem entre o padrão dos agentes econômicos que respeitam tais normas e o padrão de concorrência daqueles que não o fazem.

⁵⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

Em tal situação, haveria a aplicação desigual das “regras básicas” da concorrência – entre as quais, as normas ambientais –, contribuindo para que o processo competitivo deixe de ser natural, gerando um distúrbio nas oportunidades de concorrência no mercado envolvido, o que afronta os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa⁵⁹⁰. Ainda de acordo com o autor, os concorrentes que cumprem as normas ambientais e os que não as cumprem partem de patamares diferentes para enfrentar a concorrência, principalmente no que tange aos custos para o desenvolvimento da atividade econômica, mas não apenas em relação a isso⁵⁹¹.

Aos poucos, ganha espaço o debate sobre as consequências, para a livre concorrência, do descumprimento de leis ambientais, trabalhistas, tributárias e outras⁵⁹². O descumprimento de normas ambientais, contudo, não gera vantagem competitiva para a empresa infratora apenas porque as despesas nas quais incorrerá, para o desenvolvimento da atividade econômica, serão menores em comparação com as de empresas que cumprem regularmente as mesmas normas, refletindo em suas receitas e no seu lucro, e podendo repercutir, ao fim, na formação do preço de seus produtos e serviços. A vantagem concorrencial indevida gerada pelo descumprimento de normas ambientais pode ter reflexos mais amplos: i) restam à empresa infratora mais recursos para investir em sua atividade, em tecnologia, na melhora da qualidade ou da variedade de seus produtos, na capacitação e qualificação de seus empregados, em marketing, em novos

⁵⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

⁵⁹¹ No âmbito de consulta, o Cade foi demandado para manifestar-se acerca de eventual ofensa à livre concorrência em razão de prática conhecida como “guerra fiscal”, realizada entre os Estados. A despeito de a temática dessa consulta ser diversa da ambiental, o parecer do Conselheiro Marcelo Calliar apresenta considerações relevantes que se aplicam, com as devidas adaptações, à temática ambiental, na medida em que, conforme o caso, o descumprimento da legislação ambiental pode acarretar à empresa infratora vantagens concorrenciais indevidas similares às vantagens obtidas por empresas beneficiadas com incentivos fiscais e financeiros. Em referido parecer, o Conselheiro afirma que benefícios concedidos no âmbito da “guerra fiscal” conferem “vantagem dramática” às empresas beneficiadas, que podem aumentar seus lucros e desnivelar o campo em que se desenrola a dinâmica econômica, o que gera efeitos para a concorrência e o bem-estar da coletividade. O Conselheiro acrescenta que as empresas incentivadas têm mascarado seu desempenho, podendo manter práticas ineficientes e serem desestimuladas à busca de melhorias na produção ou inovação, e que podem “predatoriamente” eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas com o mesmo incentivo, ainda que estas sejam mais eficientes e inovadoras. Consta do parecer, ainda, que os princípios da livre concorrência e da promoção do bem-estar geral devem ser compatibilizados com outros, como o da redução das desigualdades regionais, de forma que um deles possa ser relativizado, em um caso concreto, para a realização de outro (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 0038/99. Consultante: Pensamento Nacional de Bases Empresariais – PNBE. Conselheiro Relator Marcelo Calliari. Respondida em 22.03.2000. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA1bh_tvdO5ZaBoPC5G4-8uEX2zVznZcnNm0-Ry7dFO3g>. Acesso em 04.06.2017).

⁵⁹² Informações disponíveis em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/2016/pgfn-disponibiliza-nova-versao-da-lista-de-devedores>>; <<http://jota.info/artigos/qual-o-limite-da-atuacao-do-cade-em-questoes-trabalhistas-11012016>>. Acesso em 04.07.2017.

ativos, entre outros possíveis investimentos; ii) a empresa infratora pode ter acesso a insumo ao qual seus concorrentes não têm, ou ter acesso em quantidades maiores, com aproveitamento para a melhora da qualidade ou diferenciação de seus produtos ou serviços; iii) o abuso do domínio de recurso natural escasso por uma empresa pode permitir-lhe que se aproveite da situação para aumentar, arbitrariamente, o preço de seus produtos e serviços, ou que manipule o acesso ao recurso de forma a prejudicar a concorrência, entre outras possíveis consequências. Tudo isso pode acarretar ganho – e até domínio – de mercado para a infratora, com inúmeros prejuízos, até irreversíveis, aos concorrentes. Assim, o descumprimento de normas ambientais é presumidamente gerador da quebra de isonomia das condições competitivas em um mercado sob diversos ângulos de análise, deturpando o desenvolvimento da livre concorrência.

O próprio Cade, em seu site, em tópico intitulado “Perguntas sobre infrações à ordem econômica”⁵⁹³, ainda que sem mencionar especificamente a questão ambiental, ao manifestar-se sobre hipóteses de violação de normas (como tributárias, trabalhistas e previdenciárias) por parte de agente econômico, afirma que tais violações podem resultar em “‘vantagem competitiva’ ilicitamente obtida, que viabiliza o desenvolvimento desse agente econômico em prejuízo dos concorrentes”. O Conselho, todavia, restringe os possíveis reflexos dessas violações a “uma redução artificial dos custos de uma empresa”, e parte do pressuposto de que “tais situações caracterizam-se por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo”, não demandando sua intervenção, pois “a partir do momento que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais”. Entretanto, como já mencionado, em relação à questão ambiental, os prejuízos decorrentes da desvantagem concorrencial indevida não se resumem necessariamente à redução de custos da empresa violadora, nem os reflexos da conduta são obrigatoriamente delimitados no tempo, não sendo difícil imaginar que a perda de participação de mercado pode ensejar até a inviabilidade da continuidade da atividade empresarial. A cessação da infração, diferentemente do quanto afirmado, não repara os efeitos anticoncorrenciais e os prejuízos já causados, não sendo por outro motivo que o próprio Cade não aplica esse raciocínio às infrações antitruste, que são objeto de sancionamento pelo Conselho mesmo quando cessadas e desde que não prescrita a pretensão administrativa. Ademais, uma vez que o ato se subsuma ao quanto dispõe o artigo 36

⁵⁹³ Informação disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>. Acesso em 20.11.2017.

da Lei nº 12.529/2011, a intervenção do órgão antitruste é prescrita por essa lei, em nada alterando essa premissa o fato de a ilegalidade eventualmente ser delimitada no tempo.

A violação a normas ambientais, a degradação ambiental e o exercício abusivo dos direitos relativos ao domínio e à exploração de recursos naturais, principalmente os escassos e essenciais à sadia qualidade de vida, podem configurar causa, meio ou consequência do exercício abusivo de poder econômico, e ter como efeito potencial ou efetivo a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e/ou o aumento arbitrário de lucro, configurando infração à ordem econômica, nos termos do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. A análise antitruste deve levar em conta essas possibilidades de configuração da questão ambiental e aprofundar-se em sua compreensão nos termos estabelecidos pela CF, o que se mostra imprescindível para a coibição do abuso de poder econômico e de prejuízos à ordem econômica. Como afirma Salomão Filho⁵⁹⁴, a análise de atos de concentração e de condutas deve necessariamente considerar o respeito às regras legais por parte dos agentes econômicos envolvidos, entre as quais, as normas ambientais.

A violação a normas ambientais e outras questões ambientais também devem ser objeto de abordagem, na análise antitruste, na hipótese em que o agente econômico violador de tais normas, com vistas a descaracterizar o ilícito previsto no inciso II do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11, relativo a domínio de mercado relevante, argumenta que sua conquista de mercado resulta de processo natural fundado em maior eficiência em relação aos seus concorrentes, nos termos do parágrafo 1º do mesmo dispositivo. O reconhecimento de tal eficiência com o objetivo proposto pelo dispositivo citado pode mostrar-se incompatível com o desrespeito às normas ambientais. É possível que a suposta eficiência derive exatamente do descumprimento de tais normas, devendo se considerar essa possibilidade na análise antitruste, refletindo-se sobre se o desenvolvimento da atividade econômica nesses termos não apenas não é eficiente, mas é contrário aos princípios e objetivos da ordem econômica constitucional. Nesse caso, a justificativa prevista no mencionado parágrafo 1º deve ser afastada, e a questão ambiental, acaso não enseje a configuração da infração à ordem econômica, pode ser considerada fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, com base no artigo 45, inciso I ou V, da mesma lei.

⁵⁹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

Uma alegação de eficiência econômica, seja no controle de condutas, seja no controle de estruturas, pode ser contestada quando estiver envolvida violação à norma ambiental. No controle de estruturas, o impacto ambiental negativo decorrente de uma operação pode ensejar sua reprovação. Lima⁵⁹⁵ afirma ser possível, no âmbito da Comissão Europeia, interpretar que um acordo entre empresas que apresente impacto ambiental negativo considerável não poderá ser admitido, que um acordo do qual decorra aumento da poluição ambiental não pode ser considerado promotor de eficiência.

Uma reflexão ampla acerca do exercício abusivo de poder econômico na exploração e na dominação de recursos naturais também deve ser incorporada à análise antitruste, merecendo especial atenção o controle de estruturas e de condutas que envolvam atividades consideradas “potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais”, constantes da Tabela de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais (Tabela CTF/APP)⁵⁹⁶ ou de outra fonte⁵⁹⁷, bem como que envolvam atividades relacionadas a produtos e serviços considerados essenciais para a existência digna. Nesses casos, em razão, respectivamente, do impacto ambiental e da relevância para a coletividade, a atuação dos agentes econômicos deve ser analisada de forma ainda mais crítica pelo órgão antitruste.

Devem também ser avaliados pelo órgão antitruste comportamentos que, a princípio, mostram-se como parte do exercício da livre iniciativa assegurada ao agente econômico, mas que, em análise detida, revelam o exercício abusivo de poder econômico, inclusive por subterfúgios como a ineficiência, a obsolescência programada e a produção de itens com pouca durabilidade propositadamente. Ainda quando tais comportamentos não têm o condão ou a pretensão de gerar efeito previsto em inciso do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, devem ser considerados na análise antitruste em hipóteses como a da empresa que, adotando alguma dessas práticas, alega que o domínio de mercado decorreu de sua maior eficiência, para evitar incorrer no ilícito previsto no inciso II do dispositivo citado. Afinal, práticas da espécie não

⁵⁹⁵ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Direito concorrencial europeu*. Leme: J.H. Mizuno, 2008. p. 155.

⁵⁹⁶ Disponível em: <https://servicos.ibama.gov.br/phocadownload/manual/tabela_de_atividades_do_ctf_app_set-2015.pdf>. Acesso em 14.11.2017.

⁵⁹⁷ Essa tabela abrange inúmeras categorias de atividades, como a extração e o tratamento de minerais, as indústrias metalúrgica, de papel e celulose, têxtil e do fumo, e obras civis. Tais atividades, em virtude de lei ou regulamento, são passíveis de controle ambiental, além de serem obrigatoriamente registradas no “Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais” (CTF/APP), um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente criado pela Lei nº 7.804/1989, a qual introduziu os artigos 9º, inciso XII, e 17, inciso II, na Lei nº 6.938/1981, e que se destina ao registro obrigatório de pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam a atividades potencialmente poluidoras e/ou à extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e flora.

merecem chancela do Cade, mostram-se contrárias aos princípios e valores que orientam o antitruste, podendo ser consideradas fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena, com base no artigo 45, inciso I ou V, da mesma lei.

Como exemplo de situação em que agentes econômicos atuaram de forma ineficiente em mercado essencial para a população, não apenas prejudicando a coletividade, mas deixando de empreender avanços no sentido de uma maior sustentabilidade ambiental, tem-se o caso ocorrido na Europa, em que a Comissão Europeia atuou nos mercados de eletricidade e de gás, com o objetivo de promover uma maior concorrência no setor de energia e, assim, provocar as empresas que neles atuavam a empregar esforços para obtenção de “produtos mais ecológicos” e mais baratos⁵⁹⁸. O TFUE atrela sua política, no domínio da energia, à exigência de preservação e melhoria do ambiente⁵⁹⁹. No que tange ao mercado de eletricidade, a Comissão registrou que, com a promoção da concorrência nos parâmetros apontados, a oferta se tornaria mais diversificada, e o abastecimento energético, mais seguro. Assim, em 2007, foi instaurado inquérito relacionado à concorrência no setor da energia, tendo-se concluído que os mercados europeus do gás e da eletricidade eram ineficientes e dispendiosos. Foram propostas novas disposições legislativas para corrigir as deficiências verificadas, foram instaurados processos contra as empresas envolvidas entre 2008 e 2010, e assumidos compromissos voltados a incentivar a concorrência e o comércio nos mercados envolvidos⁶⁰⁰.

No que tange à obsolescência programada e à produção de itens com pouca durabilidade propositadamente, artifícios utilizados para que o consumidor seja obrigado a substituir produtos com maior frequência, tem-se que tais práticas dinamizam artificialmente o ciclo de produtos e serviços dentro da sociedade de consumo, em evidente prejuízo ao consumidor e ao meio ambiente, principalmente por meio dos resíduos eletrônicos. Essas questões ambientais atuais já geram preocupação ao redor do mundo, não sendo à toa que o Parlamento Europeu aprovou, em 04.07.2017, o “Relatório sobre Produtos com Uma Vida Útil Mais Longa: Vantagens para os Consumidores e as Empresas”, pedindo que a Comissão Europeia adote medidas contra a prática lesiva da obsolescência programada. Essas práticas merecem atenção

⁵⁹⁸ Informações disponíveis em: <http://ec.europa.eu/competition/consumers/how/index_pt.html>. Acesso em 08.11.2017.

⁵⁹⁹ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*, C 202, 7.6.2016, p. 1-388 (EN). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN>>. Acesso em 25.11.2017.

⁶⁰⁰ Informações disponíveis em: <http://ec.europa.eu/competition/consumers/how/index_pt.html>. Acesso em 08.11.2017.

por parte do Cade, tendo em vista que podem ser encobertas por argumentos relacionados ao desenvolvimento de novas tecnologias, a melhorias na qualidade ou maior variedade de produtos e serviços à disposição do consumidor, entre outras facetas que podem adquirir e influenciar prejudicialmente a análise antitruste. Imagine-se a aprovação de uma operação com base em suposta eficiência tecnológica, a qual, na realidade, trata de substituição de tecnologia “ultrapassada” por outra cuja colocação no mercado é milimetricamente calculada – e, muitas vezes, até retardada – pela empresa para a indução do consumidor a um fluxo contínuo de substituição de produtos em busca da “moderna” tecnologia. Imagine-se, ainda, que tal operação é aprovada às custas de uma maior concentração no mercado, da perda de postos de trabalho, da intensificação da exploração de recurso ambiental escasso, entre outros efeitos negativos, os quais, teoricamente, seriam compensados pelo suposto benefício compartilhado com a sociedade, decorrente da alegada nova tecnologia.

Cabe ao Cade incorporar o fator ambiental à análise antitruste, no controle de estruturas e de condutas, valorando o quanto a concorrência é prejudicada em função de determinada violação de normas ambientais, ou o quanto se validará e potencializará o poder econômico de empresa violadora dessas normas ao se admitir a conduta ou a estrutura a ela relacionada.

A ocorrência de violação a normas ambientais e a existência de passivos ambientais de responsabilidade do agente econômico que pleiteia a aprovação de ato de concentração ou que é investigado por determinada conduta podem ser definidas com base na cooperação com órgãos ambientais e outros, da qual se tratou na introdução deste capítulo 3. No entanto, há outras formas de obtenção de informações. A verificação da regularidade ambiental dos agentes econômicos pode, por exemplo, ser objeto de item específico no formulário de notificação de ato de concentração, para que as partes, desde o início, prestem informações sobre pendências e descumprimento de normas ambientais, processos administrativos e judiciais em curso e nos quais se envolveu nos últimos anos, acordos celebrados, autuações sofridas, entre outras informações. As pessoas físicas ou jurídicas inscritas no CTF/APP dispõem de serviço do Ibama consistente na emissão, pela internet, de “Certificado de Regularidade” ambiental⁶⁰¹, exigido por órgãos públicos, por exemplo, para participação em licitações. Tal certificado, e outros similares expedidos por órgãos e entidades públicos, podem ser exigidos como anexo do

⁶⁰¹ Informação disponível em: <<https://servicos.ibama.gov.br/index.php/recadastramento-no-ctf>>. Acesso em 14.11.2017.

formulário de notificação de ato de concentração, e daqueles que sofrem controle de conduta, quando a atividade econômica que desenvolvem for uma das constantes da Tabela CTF/APP.

A verificação da existência de passivos ambientais de responsabilidade das partes pode valer-se da prática adotada em grandes operações societárias e comerciais e aquisições de imóveis. Nessas operações, para a definição de preço e para precaver-se dos riscos de responsabilização ambiental, por vezes os envolvidos contam com auditorias ambientais e *due diligence inspection*, que identificam e quantificam possível passivo ambiental, podendo fornecer o Relatório de Passivo Ambiental (RPA)⁶⁰². Esse tipo de precaução decorre, inclusive, de pressões internacionais e de uma maior conscientização da sociedade quanto aos problemas ambientais⁶⁰³. Assim, não é uma novidade, no âmbito de negócios mais vultosos, a preocupação com passivos ambientais das futuras empresas sócias ou parceiras. O resultado dessas auditorias é mais uma ferramenta para mapeamento de passivos ambientais, e pode contribuir para o Cade conhecer a situação de regularidade ambiental de empresas. Aliás, o próprio Conselho tem adotado a prática de estabelecer às partes de operações ou às empresas com as quais celebra ACCs, TCCs, ou que são sancionadas, a contratação de auditorias ou consultorias externas para monitorar e atestar o cumprimento de obrigações e o atingimento de objetivos e metas impostas em decisões ou negociadas em acordos⁶⁰⁴.

Outra opção que se vislumbra é a criação de uma divisão especializada, dentro do Cade, para o tratamento da questão ambiental, assim como há um departamento de estudos econômicos, o qual, inclusive, já deveria garantir a solução de aspectos econômicos relacionados ao fator ambiental, como, por exemplo, o cálculo de quanto uma violação a normas ambientais permite à empresa violadora reduzir seus custos de produção, a definição de quanto isso se reflete nos preços praticados por essa empresa e a mensuração de suas consequências

⁶⁰² ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Passivo ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Direito Ambiental em evolução 2*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 141.

⁶⁰³ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Passivo ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Direito Ambiental em evolução 2*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 113-114, 139. Como regra, a sociedade incorporadora responde por todo o passivo ambiental da incorporada; a nova sociedade resultante de uma fusão responde integralmente pelo passivo de todas as sociedades fusionadas, e, em cisões, predominam as situações de assunção do passivo ambiental, ora para a sociedade cindida, ora para a que absorve parcela de seu patrimônio. Na alienação de participação societária, apesar de não haver efetiva transferência do passivo ambiental, o adquirente corre o risco de suportar consequências desse passivo (op. cit., p. 126-129).

⁶⁰⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.001642/2017-05. Requerentes: Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A. Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 16.08.2017; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento nº 08700.00003614/2017-14 (ref. Inquérito Administrativo nº 08700.000018/2015-11). Proponentes: Elo Participações S.A. e Elo Serviços S.A. Homologada a proposta de celebração de TCC, em 28.06.2017.

negativas para a concorrência, os concorrentes e os consumidores. Não se ignora as possíveis dificuldades com orçamento e estrutura que podem afetar o órgão antitruste – e, de fato, parte dos respondentes apontou em suas respostas ao questionário que o Cade não tem recursos humanos e/ou materiais para tratar de questões ambientais –, porém, mais uma vez, não se trata de fundamento jurídico hábil a impedir a abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

O próprio Cade pode, ainda, com base em decisões judiciais ou administrativas transitadas em julgado ou sem recurso com efeito suspensivo, em manifestações de entidades e órgãos ambientais e em auditorias ambientais, contextualizar-se ou ter uma estimativa sobre a situação de regularidade ambiental da empresa, para pautar a análise antitruste.

A violação a normas ambientais por uma empresa pode ser suscitada em variados momentos processuais, pela Superintendência-Geral do Cade, pelos conselheiros do Cade, pela Procuradoria-Geral Especializada e pelo Ministério Público Federal junto ao Cade. Vislumbra-se importante papel a ser exercido por concorrentes, entidades e órgãos legitimados para a defesa ambiental e do consumidor e outros possíveis legitimados e interessados, por meio de representação, intervenção de terceiro⁶⁰⁵, prestação de informações ou qualquer outra forma de contribuição, para incitar ou fomentar a discussão da questão ambiental na análise antitruste, seja no controle de estruturas, seja no controle de condutas.

Uma outra hipótese de abordagem da questão ambiental na análise antitruste é o marketing ambiental enganoso, com a associação a produto, serviço ou empresa, em publicidade, de informações falsas acerca de atributos relacionados à sustentabilidade e a benefícios, ou à ausência ou redução de malefícios, ao meio ambiente. Esse marketing, também conhecido como “verde” ou ecológico, pode propiciar à empresa que o utiliza vantagem concorrencial indevida em relação aos concorrentes. Isso se dá em razão do impacto que argumentos de cunho ambiental ou sustentável têm em relação à sociedade, aos consumidores

⁶⁰⁵ A intervenção em processos administrativos no Cade é autorizada a terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão e a legitimados à propositura de ação civil pública, pelos incisos III e IV do artigo 82 da Lei nº 8.078/1990, conforme artigo 50 da Lei nº 12.529/2011. Esse tipo de intervenção já ocorreu em casos relacionados a demandas envolvendo questão trabalhista, as quais possuem similitudes com demandas que envolvem questão ambiental, a despeito de entender-se que há diferenças substanciais entre ambas, notadamente no que tange aos fundamentos que justificam sua abordagem na análise antitruste e aos seus efeitos. Cita-se, como exemplo, a admissão da intervenção do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários, Financeiros e Empresas do Ramo Financeiro de Curitiba e Região, como terceiro interessado, em ato de concentração. O Sindicato pleiteou a manutenção do nível de empregos, como eficiência global da operação (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco e HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo. Conselheiro Relator João Paulo de Resende).

e a outros atores e interessados⁶⁰⁶, levando a empresa beneficiada pela prática a impulsionar suas vendas, a angariar novos clientes, com ganhos de participação no mercado às custas de falsos benefícios ambientais. Assim, o marketing ambiental enganoso prejudica, concomitantemente, a livre concorrência, o consumidor e o meio ambiente, e, além de deturpar as condições concorrenciais no mercado envolvido, frustra a justa expectativa dos consumidores de empregarem seus recursos, indiretamente, em favor do meio ambiente, em opções de consumo mais adequadas em termos de sustentabilidade, o que não ocorre.

O marketing ambiental enganoso é tratado individualmente neste trabalho, apartado dos demais tipos de marketing enganoso⁶⁰⁷, em razão de particularidades como seu caráter de múltipla danosidade, com repercussão nas esferas consumerista, concorrencial e ambiental, e em função de seu peculiar apelo junto ao consumidor e a outros atores. Tal espécie de marketing pode configurar infração à ordem econômica, tendo em vista que se subsume à infração descrita no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011⁶⁰⁸. Isso ocorre, porque consiste em ato manifestado na forma de marketing enganoso, que, conforme cada caso, pode ter por objeto ou produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a

⁶⁰⁶ No subitem 1.2.2 tratou-se do assunto. Em pesquisa realizada em 2015 pela Millward Brown, em parceria com a empresa Tetra Pak, que atua no mercado de envase de alimentos, foram entrevistados 6.044 consumidores e 241 partes interessadas da indústria de alimentos, em 12 países (Brasil, China, França, Alemanha, Japão, Índia, Rússia, África do Sul, Suécia, Turquia, Reino Unido e EUA). A pesquisa aponta que o meio ambiente é cada vez mais importante nas decisões de compra do consumidor. Para a pergunta sobre se as empresas achavam que os consumidores prestavam atenção às informações constantes da embalagem, no sentido de o produto ser ambientalmente correto, 71% delas responderam afirmativamente. 62% das empresas monitoram o valor de sua marca junto ao consumidor final, e 70% desse grupo afirmam que o meio ambiente é um fator para medir o valor de suas marcas. Questionadas sobre quais seriam os impulsionadores de iniciativas ambientais em sua companhia, 61% das empresas apontaram que era o patrimônio da marca, traduzido principalmente em reputação e relação com *stakeholders*; 42% afirmaram ser a redução de custos, por exemplo, por meio de uma melhor *performance* operacional, eficiência logística e redução de custos fiscais; 31% responderam ser o objetivo de evitar riscos, por exemplo, regulatórios; 27% apontaram a geração de receitas, por exemplo, com consumidores e preferência de varejistas. (Informação disponível em: <<http://www.ecobrasilia.com.br/2015/07/21/meio-ambiente-e-fator-cada-vez-mais-importante-nas-decisoes-de-compra-dos-consumidores/>>. Acesso em 20.01.2018. Resultado da pesquisa Environment Research 2015 – Summary Report Millward Brown for Tetra Pak – July 2015, disponível em: <<http://tpcomprod.blob.core.windows.net/static/br/documents/environment-research-2015-summary.pdf>>. Acesso em 20.01.2018).

⁶⁰⁷ Não é à toa que, em outras jurisdições, foram adotados guias específicos para o marketing ambiental enganoso, como é o caso da Nova Zelândia: *Guidelines for Green Marketing: Fair Trading Act*, December 2018.

⁶⁰⁸ O marketing ambiental enganoso pode configurar concorrência desleal, quando envolve apenas interesses particulares dos empresários concorrentes, produz lesões apenas aos interesses do empresário vitimado pela prática irregular e é reprimido nas searas civil e penal (SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 14, n. 6, p. 215-230, aug. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/349/262>>. Acesso em 05.11.2017). Uma mesma prática pode configurar, inclusive, abuso de poder econômico e concorrência desleal (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 254). Mas para as discussões deste trabalho, importa a sua configuração como infração à ordem econômica.

livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar, arbitrariamente, os lucros; exercer, de forma abusiva, a posição dominante.

Algumas jurisdições adotaram guias e diretrizes específicos para o marketing ambiental enganoso, como é o caso da Nova Zelândia, em que a *New Zealand Commerce Commission*⁶⁰⁹ elaborou o *The Fair Trading Act: Guidelines for Green Marketing*⁶¹⁰, documento do qual consta que alegações ambientais em embalagens, rotulagens e publicidade são uma poderosa ferramenta de marketing e de diferenciação de produtos entre concorrentes, e que o aspecto ambiental é considerado por muitos consumidores na decisão pelo consumo. Nesse documento, reconhece-se que a concorrência em matéria de produtos ecologicamente corretos beneficia não apenas o consumidor, mas o meio ambiente, pois a busca do consumidor por produtos da espécie encoraja os fabricantes a minimizarem cada vez mais os impactos ambientais e a promoverem vantagens ambientais para tornarem-se mais competitivos. Ao mesmo tempo, aponta-se nesse documento que o marketing ambiental enganoso reduz a confiança dos consumidores em reivindicações ambientais e prejudica os concorrentes éticos. A *New Zealand Commerce Commission* já reconheceu que o marketing ambiental enganoso pode distorcer a concorrência e criar vantagem competitiva por meio de métodos injustos⁶¹¹.

Na Nova Zelândia, há casos de responsabilização de empresas, por marketing ambiental enganoso, com base no *Fair Trading Act* (FTA), de 1986, concebido para proteger consumidores e tornar a concorrência mais eficaz⁶¹². Em caso específico envolvendo um fabricante de sacos plásticos, constou da decisão do magistrado do Tribunal Distrital de Auckland que o comportamento da empresa, além de prejudicar os consumidores, implica vantagens econômicas indevidas sobre os concorrentes. Em relação a essa demanda, o Gerente de Consumo da *New Zealand Commerce Commission* manifestou-se favorável à

⁶⁰⁹ Agência reguladora e fiscalizadora da concorrência da Nova Zelândia, responsável por promover uma competição e um comércio justos e proteger o consumidor, principalmente contra condutas enganosas por parte de comerciantes, e no que tange a contratos de crédito e a mercados em que não há concorrência efetiva. Seu objetivo é alcançar os melhores resultados em termos de mercados competitivos e promover benefícios de longo prazo aos neozelandeses. Informações disponíveis em: <www.comcom.govt.nz>; <www.comcom.govt.nz/the-commission/>; <www.comcom.govt.nz/the-commission/about-us/>. Acesso em 18.12.2017.

⁶¹⁰ Disponível em: <<http://www.comcom.govt.nz/fair-trading/fair-trading-act-fact-sheets/environmental-claims/>>. Acesso em 04.09.2017.

⁶¹¹ Informação disponível em: <<http://www.comcom.govt.nz/the-commission/media-centre/media-releases/2013/rubbish-bag-company-fined-heavily-for-misleading-environmental-claims/>>. Acesso em 04.09.2017.

⁶¹² Informação disponível em: <<http://www.comcom.govt.nz/the-commission/media-centre/media-releases/2013/rubbish-bag-company-fined-heavily-for-misleading-environmental-claims/>>. Acesso em 04.09.2017.

responsabilização da empresa, alegando que a publicidade verde enganosa faz com que consumidores escolham um produto na crença de que estão beneficiando o meio ambiente⁶¹³.

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, a *Federal Trade Commission* (FTC) criou os “guias verdes” (*Guides for the Use of Environmental Marketing Claims*⁶¹⁴), voltados a orientar a prática de marketing ambiental, no que tange às declarações de comerciantes e empresários relacionadas à publicidade de produtos ecológicos, para que não incidam em práticas ilegais, não pratiquem publicidade enganosa e não induzam os consumidores a erro por falsidade ou insuficiência de informação sobre o produto ou serviço⁶¹⁵. A FTC, que desempenha funções relacionadas à promoção da concorrência e à proteção do consumidor, cuida de casos envolvendo o marketing ambiental enganoso⁶¹⁶, tendo julgado diversos casos relacionados ao tema, como: i) “FTX x EMC Biofilms”⁶¹⁷: a empresa veiculou propaganda da qual constava que seus produtos eram biodegradáveis, qualidade que foi afastada pela FTC, que proibiu referida publicidade. Essa decisão foi contestada no Judiciário, que a manteve e reconheceu que o uso de adjetivos como “biodegradável” aumenta a demanda pelo consumo do produto; ii) “FTC x Moonlight Slumbers LCC”⁶¹⁸: a empresa celebrou acordo comprometendo-se a não veicular determinada propaganda, considerada enganosa pela FTC, em que divulgava que seus produtos eram orgânicos; e iii) “FTC x Volkswagen Group of America”⁶¹⁹: a empresa desenvolveu mecanismo para detectar quando seus veículos estavam sendo testados pelas autoridades e, nessa situação, reduzir a emissão de gases de efeito estufa, praticando diversas ilegalidades, como o descumprimento de normas ambientais e a propaganda ambiental

⁶¹³ Informação disponível em: <<http://www.comcom.govt.nz/the-commission/media-centre/media-releases/2013/rubbish-bag-company-fined-heavily-for-misleading-environmental-claims>>. Acesso em 04.09.2017.

⁶¹⁴ Disponível em: <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?c=ecfr&SID=bce841cb851c93a436cc50e2996cc9d4&tpl=/ecfrbrowse/Title16/16cfr260_main_02.tpl>. Acesso em 10.10.2017.

⁶¹⁵ Informações disponíveis em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/10/ftc-issues-revised-green-guides>>; <<https://www.consumidor.ftc.gov/blog/2015/09/etiqueta-verde-producto-verde-asi-deberia-ser>>. Acesso em 10.10.2017.

⁶¹⁶ Informações disponíveis em: <<https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>>. Acesso em 10.08.2017.

⁶¹⁷ Informações disponíveis em: <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09358ecmsixthciropinion.pdf>>; <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/10/ftc-cracks-down-misleading-unsubstantiated-environmental>>. Acesso em 05.10.2017.

⁶¹⁸ Informações disponíveis em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/12/ftc-approves-final-consent-order-moonlight-slumber-llc>>; <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/162_3128_c4634_moonlight_slumber_decision_order_final.pdf>. Acesso em 05.10.2017

⁶¹⁹ Informações disponíveis em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/proposed_partial_stipulated_order_filed_copy_0.pdf>. Acesso em 05.10.2017.

enganosa. A empresa celebrou acordo com as autoridades americanas, em que se comprometeu ao pagamento de indenizações e à realização de recalls, entre outras medidas.

O marketing ambiental enganoso, além de poder enquadrar-se como hipótese de infração à ordem econômica prevista no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, pode ensejar o afastamento do argumento pautado no parágrafo 1º do mesmo dispositivo, relativo ao domínio de mercado decorrente de maior eficiência em comparação com os concorrentes. Exemplo disso, no que tange a condutas, é a situação em que a participação de uma empresa em determinado mercado foi conquistada às custas de propaganda ambiental enganosa sobre alegada baixa emissão de poluentes por veículos, com conseqüente impulsão da comercialização desse produto, o qual se verificou, posteriormente, conter software que alterava o resultado de testes de emissão de poluentes⁶²⁰. Essa espécie de marketing também pode ser considerada um fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, com base no artigo 45, inciso I ou V, da lei citada.

Especificamente quanto à conduta de cartel, cita-se a experiência da Comissão Europeia, que enfrentou a prática por parte das empresas Scania e outras⁶²¹, atuantes no mercado de fabricação de caminhões. A Scania, que diferentemente das demais empresas envolvidas não celebrou acordo no processo, foi condenada e multada pela violação de normas antitruste da EU. Foi-lhe imputada a colaboração com as demais empresas para a fixação de preços dos caminhões, para a determinação do momento de introdução de tecnologias para diminuição de emissão de gases poluentes em conformidade com padrões europeus, e para o repasse aos clientes dos custos de novas tecnologias para atender às normas mais rigorosas sobre emissão de poluentes. Assim, uma das condutas sancionadas foi o conluio para o estabelecimento do momento de adoção de melhorias ambientais. Isso privou toda a coletividade de usufruir o quanto antes de um melhor padrão de proteção ambiental, obstaculizado pelo comportamento anticoncorrencial.

Como observa Rowe⁶²², os agentes econômicos podem fazer carteis para, conjuntamente, não implementarem ações ambientais ou não empenharem os máximos esforços para alcançar tecnologias mais ecológicas, ao mesmo tempo que a lei antitruste, ainda

⁶²⁰ Informação disponível em: <<http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/branding-consumo-negocios/2015/10/01/a-volkswagen-merece-o-seu-perdao/>>. Acesso em 12.12.2017.

⁶²¹ Informação disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3502_en.htm>. Acesso em 12.12.2017.

⁶²² ROWE, Frederick M. Antitrust Policies and Environmental Controls. *The Business Lawyer*, v. 29, n. 3, 1974. p. 897-911. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40685265>>. Acesso em 09.04.2017.

que dentro das exceções que permitem a colaboração entre empresas em razão do interesse ambiental, pode resultar em limitação à atuação conjunta que traria benefícios ambientais.

Outro caso de cartel julgado pela Comissão Europeia envolve as empresas Henkel, Unilever e Procter & Gamble⁶²³, as quais foram acusadas de combinar a manutenção dos preços de seus detergentes durante a implementação de medidas de cunho ambiental, relativas à redução do volume e do peso de seus produtos e voltadas a diminuir o impacto ambiental por eles causado. A conduta dos concorrentes consistia em acordo para que nenhum deles alterasse o preço durante a implementação da redução do volume de seus produtos, estabilizando o mercado, de forma que a introdução da medida ambiental não levasse à vantagem competitiva de qualquer deles. A redução da embalagem e do volume do produto, contudo, normalmente provocaria também a redução de seu preço, daí o motivo para os concorrentes terem combinado a manutenção de seus preços. O caso foi encerrado com a celebração de acordo em 2011.

A autoridade antitruste sueca (*Swedish Competition Authority*)⁶²⁴ já havia enfrentado o problema dos cartéis ambientais em 1999. Em caso que envolveu as cinco maiores empresas de gasolina e a prática de descontos no preço e alterações de bônus, aquela autoridade antitruste descobriu que um cartel voltado à definição de preços do combustível e descontos aos clientes havia sido formado sob o pretexto de as empresas envolvidas discutirem a colaboração em questões ambientais comuns.

Esses casos exemplificam outras formas de configuração da questão ambiental, em que a infração antitruste, consistente em cartel, acarreta prejuízo à proteção e à preservação ambiental e/ou à evolução em direção à sustentabilidade, ou em que o argumento ambiental é mero pretexto para acobertar práticas anticompetitivas. A questão ambiental deve ser tratada, no mínimo, como fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, com base no artigo 45, inciso I ou V, da Lei nº 12.529/2011.

Assim, um outro lado da questão ambiental é o abuso de poder econômico e a ofensa à livre concorrência realizados sob justificativas de cunho ambiental. Em vez de a violação a normas ambientais configurar infração antitruste, é uma ação em prol do meio ambiente ou relacionada a (supostas) melhorias ambientais que pode configurar tal infração. Nesse grupo

⁶²³ Informações disponíveis em: <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39579>. Acesso em 11.01.2018.

⁶²⁴ OECD. Policy Roundtables – Competition in Road Fuel. DAF/COMP(2013)18. 21 Nov 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/CompetitionInRoadFuel.pdf>>. Acesso em 30.05.2016.

compreendem-se estruturas e condutas voltadas ou não a dissimular intenções anticoncorrenciais, e que, sob um argumento de cunho ambiental, de sustentabilidade ou de preservação ambiental, podem implicar exercício abusivo de poder econômico e acarretar prejuízos à concorrência.

A UNCTAD⁶²⁵, ao se manifestar sobre a importância e a necessidade de reconhecimento, no âmbito da política de concorrência, da promoção das tecnologias ecológicas, dos processos produtivos ecologicamente corretos e dos produtos verdes, alertou sobre a necessidade de se cuidar para que não haja protecionismo disfarçado ou distorção desnecessária da concorrência em mercados. Para evitar esse tipo de prática, no âmbito da União Europeia, se um Estado-membro pretende adotar disposições nacionais relacionadas à proteção ambiental que diferem da norma geral da UE, deve notificar a Comissão Europeia, que verifica se tais disposições não são um meio de praticar discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada no comércio entre Estados-membros⁶²⁶.

Ainda no que tange à prejudicialidade da concorrência causada por práticas ou acordos realizados sob justificativas de cunho ambiental, compreendem-se também as estruturas e as condutas que, a despeito de pretenderem, efetivamente, obter ganhos ambientais, geram efeitos anticoncorrenciais demasiados, de modo que os efeitos em prol do meio ambiente não se mostram suficientes para compensar os de outras ordens, negativos para a coletividade. A mesma estrutura ou conduta de empresas que implique a adoção de medidas favoráveis à preservação do meio ambiente, como o desenvolvimento de nova tecnologia ou mecanismo comum para a redução de impactos ambientais negativos de determinada atividade econômica, reconhecida como geradora de eficiências ambientais, pode, ao mesmo tempo, ter efeitos anticoncorrenciais relevantes, chegando a acarretar a exclusão de participantes do mercado que, por motivos diversos, não puderam ou foram impedidos de acompanhar a ação dos demais, o que pode configurar cartel. Como exemplo, tem-se a recusa em negociar com agentes econômicos integrantes de grupo econômico concorrente sob o argumento de que não atendem a determinados padrões de sustentabilidade no desenvolvimento de sua atividade econômica, padrões esses excessivamente mais altos do que exigem as normas ambientais e com o objetivo real de privilegiar empresa integrante de seu grupo econômico. A conduta pode enquadrar-se

⁶²⁵ UNCTAD. *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat*. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6_en.pdf>. Acesso em 08.01.2018.

⁶²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1169-1170.

como infração à ordem econômica, com enquadramento em hipótese contida em um dos incisos do *caput* no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, ou fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, com base no artigo 45, inciso I ou V, da mesma lei.

Já se discute sobre a aplicação mais rigorosa do antitruste para oligopolistas que, apesar de não estabelecerem acordos entre si, não incidindo literalmente no ilícito de cartel, abstêm-se de uma competição vigorosa⁶²⁷. Pode auxiliar a repressão a um novo comportamento da espécie: o de empresas que atuam em carteis para, conjuntamente, não implementarem ações ambientais ou não empenharem os máximos esforços para alcançar tecnologias mais ecológicas, acordando uma abstenção ou um retardo na promoção de melhorias ambientais que estavam ao seu alcance, prejudicando, concomitantemente, a concorrência, o meio ambiente, o consumidor e, ao fim, a coletividade.

O título deste item remete a “outras práticas que conectem o poder econômico ou a concorrência a aspecto ambiental”, não se restringindo, propositalmente, a situações de abuso de poder econômico ou de prática anticoncorrencial. A intenção foi abranger situações em que uma estrutura ou conduta, a despeito de não ter, a princípio, efeitos anticompetitivos, é contrária ao interesse público na defesa do meio ambiente. Bonakele⁶²⁸ esclarece que, a África do Sul, assim como outros países, na avaliação de concentrações, aplica, além dos testes típicos da lei antitruste, o teste do interesse público, que no seu entendimento deve abranger questões ecológicas e de impacto ambiental na segurança alimentar. Bonakele afirma, contudo, que essa avaliação não precisa ser realizada necessariamente por um órgão antitruste, podendo ocorrer por meio de outro órgão ou agência reguladora, devendo cada país estruturar essa análise da maneira que julgar oportuno.

Vislumbramos outras hipóteses em que temas relacionados à defesa do meio ambiente são tratados na análise antitruste, porém não são propriamente questões ambientais no sentido empregado neste trabalho. É o caso das licenças ambientais, que, como se pôde verificar no

⁶²⁷ SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of populism*. 24 October 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345>>. Acesso em 04.12.2017.

⁶²⁸ BONAKELE, Tembinkosi. Interviewed by Ioannis Lianos in anticipation of the 4th edition of the joint conference co-organized by Conurrences Review and New York University School of Law, *Antitrust in Developing Countries: competition policy in a politicized world*. New York City, Oct 2017. Disponível em: <<https://www.eventbrite.com/e/interview-with-tembinkosi-bonakele-antitrust-in-developing-countries-tickets-38769388284>>. Acesso em 12.10.2017.

item 2.1, são objeto de menção em procedimentos administrativos que tramitam no Cade e reconhecidas e indicadas pelas partes e pelo Conselho – e em trabalhos elaborados pela OCDE⁶²⁹ –, frequentemente, como uma barreira à entrada. Apesar disso, a despeito dessa classificação como dificultador de entrantes em mercados, tais licenças ambientais são apenas uma das barreiras legais possíveis para a entrada, não sendo interpretadas por si só, neste estudo, como uma questão ambiental propriamente dita, pois não há uma disputa de espaços ou confronto por prevalência entre os direitos antitruste e ambiental, mas uma exigência legal de cunho ambiental a ser respeitada. Apesar disso, o fato de as licenças ambientais serem consideradas barreiras à entrada tem relevância para a discussão mantida neste subitem, na medida em que tal raciocínio, *a contrario sensu*, leva à conclusão de que a desobediência às normas ambientais facilita a entrada em mercados, sua manutenção e a aquisição de domínio, sendo imperioso o reconhecimento de que há efetiva vantagem concorrencial indevida em decorrência dessa burla às regras mais básicas em que se desenvolvem as atividades econômicas.

Em relatório conjunto⁶³⁰, as autoridades de concorrência dos países nórdicos afirmam que a política ambiental pode prejudicar a concorrência, por exemplo, aumentando barreiras à entrada, e por essa razão a OCDE recomenda que as agências reguladoras ambientais rotineiramente realizem avaliações de impacto de suas políticas ambientais na concorrência.

Por fim, apesar de não se tratar de abordagem da questão ambiental na análise antitruste, nos autos do processo administrativo nº 08012.011142/2006-79, ao manifestar-se sobre a lesividade do caso que ficou conhecido como “cartel das cimenteiras”, o ex-conselheiro do Cade e relator no processo, Alessandro Octaviani, destacou em seu voto preocupação que caberia plenamente à hipótese de lesão a bem ambiental conectada à infração à ordem econômica. Abandonando a praxe de distancimento da discussão sobre valores e justiça sociais, o conselheiro ressaltou em seu voto a lesividade do cartel em relação a bem de fundamental importância para a sociedade (a moradia), a relevância do dano social causado, a ofensa a direito básico e objetivo da ordem econômica constitucional, a potencialização do prejuízo social em

⁶²⁹ Como em: OECD. Policy Roundtables – Competition in Road Fuel. DAF/COMP(2013)18. 21 Nov 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/CompetitionInRoadFuel.pdf>>. Acesso em 30.05.2016.

⁶³⁰ Report from the Nordic competition authorities N. 1/2010. *Competition Policy and Green Growth, Interactions and challenges - A joint report by the Nordic competition authorities*. Disponível em: <http://www.samkeppni.is/media/skyrslur/ymsar_skyrslur/competition_policy_and_green_growth_final_version.pdf>. Acesso em 10.10.2017

razão da escassez do bem para o qual não se tem substituto, elementos esses que efetivamente influenciaram sua decisão final acerca da fixação das sanções:

“[...] No caso em análise, o conluio formado nos mercados de cimento e de concreto, bens de fundamental importância para a sociedade e que não possuem substitutos, gerou imensos danos sociais e econômicos, especialmente no que tange ao orçamento das famílias brasileiras, à efetivação de direitos básicos de moradia e ao acesso à infraestrutura, o que exige a fixação de penas em patamares elevados para os agentes que incorreram em tal conduta. [...] O cartel, por si só, já é considerado a infração contra a ordem econômica de maior potencial lesivo à livre concorrência. Tal situação é agravada quando o cartel ocorre em mercados de bens sem substitutos e de extrema relevância social e econômica, como o cimento e o concreto. [...] sendo ainda de se ressaltar que o Brasil consagrou como objetivo constitucional da ordem econômica o acesso à moradia [...]”.

Trata-se de julgado que reflete, ainda que de modo incipiente, o cumprimento do papel instrumental e ativo do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, em sua dimensão social porém, mas que exemplifica a direção a ser tomada no âmbito da dimensão ambiental do referido paradigma, quando o ilícito antitruste e a violação a normas ambientais ou outra espécie de ofensa a valores ambientais se mostrarem conectados.

Neste item, concluímos pela viabilidade, plausibilidade e existência de fundamentos jurídicos para a incorporação, à análise antitruste, da reflexão acerca de: i) práticas que conectam o poder econômico ou a concorrência a aspecto ambiental; ii) formas pelas quais o abuso de poder econômico e atos anticoncorrenciais podem implicar a violação de normas ambientais, prejudicar a proteção ambiental ou gerar danos ambientais; e iii) formas pelas quais a questão ambiental pode influenciar, negativamente, o ambiente concorrencial, inclusive sob a justificativa da proteção ambiental e da promoção de sustentabilidade. Concluímos que essa incorporação da questão ambiental mostra-se um dever do órgão antitruste na persecução do ambiente concorrencial tal como prescrito pela CF, adequado aos princípios, valores e objetivos da ordem econômica constitucional, e que as práticas de agentes econômicos analisadas podem configurar, conforme o caso concreto: i) infração à ordem econômica; ii) fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena; e/ou iii) impedimento ao reconhecimento de eficiência como justificativa para o domínio de mercado e/ou impedimento à aprovação de concentrações.

Por fim, para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, concluímos ser necessário o empenho não apenas do Cade, mas do Ministério Público, de associações de defesa do meio ambiente e do consumidor e de outros legitimados e interessados para provocar a

discussão substancial da matéria no âmbito do controle de estruturas e de condutas realizado pelo órgão antitruste. Ao Cade, especificamente, mostram-se viáveis medidas voltadas a conhecer a situação ambiental dos agentes econômicos, bem como lhe cabe agir pela promoção efetiva da livre concorrência, contra vantagens concorrenciais indevidas em consequência da violação de normas ambientais e do exercício abusivo de poder econômico em relação ao uso de recursos ambientais, contra condutas e estruturas cujo apelo ambiental e sustentável seja mera dissimulação para práticas anticoncorrenciais, entre outras ações possíveis.

3.3 – A questão ambiental em acordos em controle de concentrações e termos de compromisso de cessação de prática: possível atalho para o desenvolvimento sustentável

Ao longo do trabalho, concluímos pela existência de um papel instrumental e ativo do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável. Ademais, concluímos que práticas que conectam o poder econômico ou a concorrência a aspecto ambiental, como a violação a normas ambientais, o uso de marketing ambiental enganoso, o estabelecimento de padrões ambientais com finalidade discriminatória e outras, podem ter consequências negativas para a defesa da concorrência e/ou ambiental, gerando “problemas concorrenciais-ambientais”, desvirtuando o antitruste do mencionado papel que lhe foi atribuído constitucionalmente.

Os problemas concorrenciais-ambientais são compostos de fatores como o exercício abusivo de poder econômico e a violação de normas ambientais, os quais se retroalimentam e podem agravar-se com concentrações econômicas e condutas anticoncorrenciais não reprimidas, criando-se ou fortalecendo-se o poder econômico de agentes econômicos que atuam em desacordo com o quanto prescreve a ordem econômica constitucional.

Neste item, tratamos da possibilidade de esses problemas concorrenciais-ambientais serem saneados, amenizados ou compensados com o endereçamento da questão ambiental por meio de acordos previstos na Lei nº 12.529/2011: ACC, no controle de estruturas, e TCC, no controle de condutas realizado pelo órgão antitruste. Essa é a terceira classe de hipóteses de possível abordagem da questão ambiental na análise antitruste apresentadas neste trabalho.

O órgão antitruste, imbuído de sua competência e de suas atribuições na defesa da ordem econômica, e com base na Lei nº 12.529/2011, pode, no âmbito do controle de estruturas, celebrar ACC que preveja “remédios” concorrenciais, estruturais e/ou comportamentais, ou seja, restrições voltadas ao saneamento, à amenização ou à compensação dos problemas

concorrenciais-ambientais. Em controle de condutas, o Cade pode firmar TCC que preveja obrigações com essa mesma finalidade, de forma a cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos. O artigo 85, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 12.529/2011 prevê que serão estabelecidas no TCC as obrigações que se julgar cabíveis, o que confirma a possibilidade de inserção de obrigações voltadas a sanar a questão ambiental.

Por vezes, a solução do problema concorrencial-ambiental consiste em mero cumprimento estrito da legislação ambiental, não demandando do Cade, para o estabelecimento de remédio com essa finalidade, um aprofundamento em relação à matéria ambiental. Essa solução reside, de forma relativamente plana, em normas ambientais, em autuações administrativas, em termos de ajustamento de conduta, em acordos judiciais, em decisões administrativas ou judiciais. É o que ocorre, por exemplo, com a empresa em débito com a instalação de determinado equipamento em um parque industrial, exigido por normas ambientais. Essa empresa, por meio de ACC ou de TCC, pode comprometer-se a promover a referida instalação de imediato, como condição para a aprovação de ato de concentração ou para que o Cade suspenda e, por fim, archive procedimento administrativo em curso contra essa empresa. Em casos como esse, nem mesmo a avaliação sobre se houve violação da norma ambiental ou dano ambiental caberá ao Cade.

Para situações mais complexas, como, por exemplo, no caso de a solução somente poder dar-se por meio da compensação ambiental, por ser impossível a reparação do dano ambiental, ou em qualquer caso que se mostre necessário um maior aprofundamento sobre o aspecto ambiental envolvido, o Cade poderá valer-se da cooperação de entidades e órgãos ambientais ou outros, conforme esclarecido na introdução deste capítulo 3. Não se pode esquecer, ademais, que participa do processo antitruste o Ministério Público Federal junto ao Cade, a quem cabe a defesa de direitos transindividuais e que pode adotar providências no sentido de contribuir para que, mesmo fora do âmbito da defesa da concorrência, a defesa ambiental seja assegurada.

Em qualquer caso, à solução do problema concorrencial-ambiental pode-se agregar, nos ACCs e TCCs, a obrigação de adoção de programas de *compliance* concorrencial e de *compliance* ambiental por parte da empresa infratora.

Em caso já citado no item 3.1, a autoridade antitruste italiana (AGCM) celebrou acordo com o COMIECO, um consórcio de produtoras de embalagens de papel para a promoção da recuperação e reciclagem de embalagens de papel, e repasse da popa de celulose para as

empresas que participam do consórcio por preços pré-fixados. Tal consórcio, que detinha participação significativa no mercado, gerou uma redução da competição nesse mercado, e no acordo celebrado, comprometeu-se a repassar parte de sua produção às empresas do consórcio e a alienar o restante a preço de mercado. Entre os motivos expostos para permitir a continuidade do COMIECO, foi apontado o benefício ao meio ambiente em decorrência de sua atuação⁶³¹. Trata-se, portanto, de um acordo em que, para a decisão por sua celebração, a questão ambiental foi sopesada, sem que tenha sido, contudo, objeto de imposição de restrição por parte da autoridade antitruste, ou de assunção de compromisso pelo COMIECO.

A comprovação, junto ao Cade, do cumprimento do ACC ou do TCC, no que tange à obrigação de cunho ambiental, nos casos mais complexos de verificação, pode dar-se por meio de declarações de entidades ou órgãos ambientais competentes. O Regimento Interno do Cade, no artigo 165, parágrafo 6º, dispõe que o órgão antitruste, a seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas da(s) compromissária(s).

Fundamentalmente para o problema da violação a normas ambientais é que se mostrará importante a solução da questão ambiental via ACC e TCC. Cabe não apenas ao órgão antitruste, mas também às partes, aos investigados, aos representados e a terceiros contribuir para a construção de soluções para a questão ambiental por meio dessas espécies de acordo, impedindo que atividades nocivas ao meio ambiente sejam reforçadas por estruturas e condutas em que se materializa o poder econômico e de mercado.

⁶³¹ L'autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato. Provvedimento n. 20932. Roma. 24.3.2010. Disponível em: <<http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/download/41256297003874BD/7F771DA8807FEF2FC125770500311FD3.html?a=p20932.pdf>>. Acesso em 14.11.2017.

CONCLUSÕES

A questão ambiental está cravada no coração das normas constitucionais que fundamentam o antitruste, como indesejável lembrete para aqueles que pregam uma visão restrita dos seus pressupostos e refratária ao seu papel na consecução de desenvolvimento sustentável. É na ordem econômica constitucional e no mencionado paradigma de desenvolvimento que reside a encruzilhada da relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto jurídico-normativo brasileiro, da qual extraímos o fundamento para o reconhecimento do citado papel do antitruste, confirmando hipótese de pesquisa. Esse papel é concretizado, no que tange a sua dimensão ambiental, por meio da abordagem da questão ambiental na análise antitruste. A partir disso, concluímos que o objetivo do antitruste brasileiro consiste em, por meio da defesa da livre concorrência e do combate ao exercício abusivo de poder econômico, concretizar os diversos objetivos – políticos, sociais, econômicos, ambientais e outros dirigidos à promoção do bem-estar da coletividade –, princípios e valores elencados na ordem econômica constitucional, os quais devem orientar sua interpretação e sua aplicação.

No presente trabalho, tivemos por pressuposto o protagonismo do direito na análise antitruste – sem a pretensão das ilusórias e irrealizáveis neutralidade, objetividade e segurança arguidas pela metodologia econômica –, conscientes de que seus objetivos derivam de opção política estabelecida na feitura da lei e forjada em sua interpretação e aplicação, as quais, guiadas pela CF, evoluem subordinadas às demandas da sociedade. É pressuposto, ainda, que o aparato econômico é instrumento fundamental que serve à análise antitruste conforme critérios jurídicos, também pautados pela CF, cuja centralidade é enfatizada neste trabalho.

A concretização do papel do antitruste como instrumento propulsor do desenvolvimento sustentável, contudo, encontra-se prejudicada por um contexto de desconstitucionalização e colonização do antitruste brasileiro, que deixa de ser interpretado e aplicado com base nos mencionados objetivos, princípios e valores extraídos da ordem econômica constitucional, entre os quais a defesa do meio ambiente. Nesse contexto, o antitruste é desviado da trilha estreita entre os direitos concorrencial e ambiental para moldar-se a teorias econômicas que lhe ditam o norte e elevam à sua finalidade a busca da eficiência econômica. Essa eficiência, elemento importado, descontextualizado, sem amparo na Constituição Federal brasileira, foi repaginada sob alcunha popular: bem-estar do consumidor. Trata-se, todavia, de conceito impreciso, mas que certamente não se harmoniza com a definição processada, reformatada e restrita que lhe foi

atribuída em decorrência da sistemática desconstitucionalização e colonização do antitruste brasileiro: melhor preço, ou menor preço, ou mesmo preço por mais. Eventualmente, tal conceito é interpretado como a melhora na qualidade do produto ou serviço, e isso é o mais avançado que se costuma ir: um botão a mais ou a menos, em nome da praticidade; um serviço mais ágil, ainda que precarizado; a promessa de futuro benefício para o consumidor; a personificação do cidadão no agente racional, adquirente permanente de produtos e contratante de serviços, na busca constante pelas sobras de vantagem econômica ou pela menor perda econômica na sociedade do consumo ou do espetáculo, enfim. Nesse quadro, em que o bem-estar do consumidor, resumido à questão de preço, encontra-se no centro das preocupações do antitruste, houve uma blindagem da análise antitruste contra discussões sobre direitos, princípios e valores constitucionais, como os relacionados ao meio ambiente.

Em um só golpe, o escopo do antitruste foi desvirtuado e a titularidade dos bens que deveria proteger foi reduzida da coletividade para o consumidor, o que ecoou na abordagem da questão ambiental na análise antitruste – a qual se constatou praticamente inexistente, de acordo com o resultado da pesquisa realizada a partir de documentos constantes dos autos de procedimentos administrativos que tramitaram ou se encontravam em trâmite no Cade até 11.08.2018. Ainda no plano teórico, a Lei nº 12.529/2011, concluímos, também contribui para a manutenção da limitação de escopo da análise antitruste: i) pretendendo afastar-se da incidência de parte dos princípios norteadores da ordem econômica constitucional, como a defesa do meio ambiente (que é excluído de menção em seu artigo 1º); ii) estabelecendo a eficiência econômica como um salvo-conduto em alguns casos de condutas ou estruturas potencial ou efetivamente danosas à concorrência, sem garantia efetiva da compensação integral desses prejuízos, na forma de benefícios à sociedade; e iii) reforçando noções equivocadas, como a de que o bem-estar a ser considerado é exclusivamente o do consumidor, e não o da coletividade, ignorando a multifacetária relação das atividades econômicas com a coletividade e a multiplicidade de interesses atribuídos aos indivíduos.

Ocorre que restou claro, a partir do estudo empreendido, que a atuação do Cade sem considerar princípios que norteiam a ordem econômica constitucional, como a defesa do meio ambiente, pode acarretar uma defesa da concorrência distorcida e desconectada de sua finalidade, o que significa chancelar a usurpação de direitos e interesses da coletividade, viabilizar o esvaziamento da função social da propriedade e da empresa, e negligenciar o dever constitucional do direito antitruste brasileiro de contribuir para o desenvolvimento sustentável.

Concluimos, ainda, que afastar do controle antitruste a consideração da questão ambiental – assim como outras temáticas, como a busca do pleno emprego e o combate à desigualdade social – é um posicionamento ideológico contrário aos ditames constitucionais da ordem econômica. O ambiente concorrencial hígido é aquele em que a concorrência ocorre de fato, não é apenas teórica; é aquele em que a concorrência se dá entre empresas que respeitam as normas ambientais e que buscam melhores padrões ambientais de atuação. O desrespeito às normas ambientais não afeta apenas a concorrência, mas o consumidor, a concretização do desenvolvimento sustentável, a justiça social, a existência digna e a democracia. O benefício ambiental não agrega apenas ao consumidor, mas à coletividade. A autorização de atos de concentração que empoderem empresas degradadoras do meio ambiente pode não condizer com a promoção do bem-estar da coletividade ou do consumidor, assim como a não repressão de condutas eficientes, mas praticadas sob a violação da legislação ambiental.

Ao investigar a confluência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano teórico e a possibilidade de uma perspectiva sustentável de interpretação do antitruste, concluimos pela necessidade de algumas reformulações teóricas sobre o antitruste que contribuem, ademais, para a superação de possíveis ou supostos obstáculos para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, bem como de hipóteses rivais das adotadas no presente trabalho. Elaboramos uma proposta de adaptação do modelo brasileiro prevaiente de prática concorrencial, na busca por um formato pelo qual a análise antitruste contribua ativamente para o desenvolvimento sustentável, efetivando-se o que, no plano jurídico-normativo, é fruto da relação entre os direitos antitruste e ambiental brasileiros.

A primeira reformulação teórica proposta consiste na admissão de que as relações de exploração e de dominação de recursos ambientais podem mostrar-se como causa, instrumento ou consequência do exercício de poder econômico, abusivo justamente – e suficientemente – em razão disso, e que a análise antitruste deve considerar esse fator. Propomos, assim, uma ressignificação ou uma reinterpretação do significado de exercício abusivo de poder econômico, para que se harmonize com o contexto jurídico-normativo em que está inserido, adaptando-se para a observância da ordem econômica constitucional e do paradigma do desenvolvimento sustentável. A segunda reformulação consiste na ressignificação dos conceitos de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor com base no direcionamento constitucional, que incorpora o fator ambiental em suas definições e confere-lhes o matiz do desenvolvimento sustentável. Uma vez que o fator ambiental é admitido como integrante da

noção de livre concorrência, de eficiência e de interesse e bem-estar do consumidor, a discussão substancial da questão ambiental no controle de estruturas e condutas realizado pelo Cade não representa uma ampliação do objeto do antitruste ou da competência do Conselho. A terceira reformulação proposta implica o reconhecimento efetivo, e não meramente retórico, da coletividade como titular dos bens protegidos pelo antitruste, e a emancipação do consumidor a cidadão na análise antitruste. Consequência disso é a obrigatoriedade de essa análise incorporar os interesses e o bem-estar da coletividade, os quais se conectam com a proteção e a preservação do meio ambiente de forma mais contundente e inequívoca em comparação com os interesses e o bem-estar do consumidor.

No que tange às pesquisas empíricas *stricto sensu* sobre a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, tem-se que aquela realizada com base em documentos constantes dos procedimentos administrativos que tramitaram no Cade até 11.01.2018, ou que se encontravam em trâmite nessa data, deu suporte à investigação da relação entre os direitos concorrencial e ambiental no contexto prático. O resultado dessa pesquisa revelou os poucos “achados ambientais”, conteúdos representativos da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, os quais podem ser resumidos em: i) manifestações das partes em notificações de atos de concentração, em geral bastante simples e sem maiores demonstrações ou comprovação, no sentido de que um produto, serviço ou processo produtivo detém atributos de sustentabilidade, de que a operação pretendida contribui para a promoção, a proteção ou a preservação do meio ambiente, de que a operação gerará benefícios ambientais, entre outros similares; ii) manifestações de terceiros que ingressam nesses autos, em geral também bastante singelas e sem maiores demonstrações ou comprovação, para afirmar ou negar as alegações feitas pelas partes da operação em análise pelo Cade, nos termos mencionados no item anterior; iii) notas técnicas e pareceres da Seae, da antiga SDE, da Procuradoria-Geral e da Superintendência-Geral do Cade que mencionam a questão ambiental; e iv) decisões da Superintendência-Geral e do Tribunal Administrativo do Cade, em que, a despeito de louváveis ensaios de discussões substanciais acerca da questão ambiental, esta não integra, via de regra, as razões de decidir, nem alcança o *status* de fundamento da decisão do órgão antitruste.

O resultado dessa pesquisa permitiu concluirmos que questões ambientais ou aspectos ambientais relacionados a estruturas, a condutas e ao exercício de atividades econômicas não são, via de regra, levados ao Cade pelas partes de operações ou de procedimentos administrativos, ou por quaisquer outros. Tal resultado permitiu concluirmos, ainda, que esses

elementos, quando suscitados nos autos, são quase que em sua totalidade ignorados pelo Cade, bem como que tais elementos não são suscitados pelo próprio Conselho, salvo hipóteses excepcionais identificadas. Isso faz com que o órgão antitruste brasileiro não exerça seu papel na consecução do desenvolvimento sustentável, no que tange à dimensão ambiental desse paradigma de desenvolvimento. Assim, confirmamos a hipótese de que, em que pese a existência de um arcabouço jurídico-normativo do qual é possível extrair o mencionado papel do antitruste e que legitima a abordagem da questão ambiental na análise antitruste, essa premissa não se tem projetado nos procedimentos administrativos que tramitam no Cade.

Em contraste com essa conclusão, o resultado da pesquisa realizada por meio da submissão de questionário a ocupantes e ex-ocupantes de determinados cargos no Cade, com mandatos no período entre a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 e novembro de 2017, sinaliza um posicionamento aberto à abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Esse posicionamento, todavia, é acompanhado de ressalvas e condições em geral relacionadas à necessidade de estabelecer-se um nexo de causalidade entre o fator ambiental e o poder econômico e os efeitos anticoncorrenciais de condutas e estruturas, como os previstos nos incisos do *caput* do artigo 36 e no parágrafo 5º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011. A despeito de não ser possível generalizar esse resultado, mesmo porque a análise quantitativa a partir dele confirmou a existência de controvérsia em torno matéria, a pesquisa possibilitou o enriquecimento das discussões ao longo deste trabalho, agregando a elas um ponto de vista privilegiado sobre o debate: o dos respondentes. Do resultado da aplicação do mencionado questionário, pôde-se extrair, sem a necessidade de considerar as correlações realizadas: i) a confirmação de que as questões nele exploradas são controversas, estando-se longe da pacificação de entendimento, inclusive entre aqueles que atuaram em cargos relevantes no Cade nos últimos anos; ii) a conclusão de que a maior parte dos respondentes é receptiva à abordagem da questão ambiental na análise antitruste, sob pressupostos, condições e limitações já descritos; iii) a conclusão de que parte dos integrantes e ex-integrantes do Cade possui um posicionamento sobre essas questões que, uma vez que tenha prevalecido enquanto atuaram no Conselho, pode ter contribuído ou sido definitivo para dificultar ou obstruir a abordagem da questão ambiental na análise antitruste.

O questionário mencionado tratou de diversos aspectos da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, tendo prevalecido, nas respostas obtidas, entendimentos nos seguintes sentidos: i) a violação de normas ambientais configura infração à ordem econômica

ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, ou, no mínimo, fator agravante na avaliação da gravidade dessas infrações e na dosimetria da pena; ii) diante da violação de normas ambientais, o argumento de que a conquista de mercado por parte da empresa violadora resulta de processo natural fundado em maior eficiência deve ser afastado na análise antitruste, desde que haja nexos de causalidade entre tal violação e a suposta eficiência; iii) o marketing ambiental enganoso deve ser considerado infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à tal ordem; iv) a eficiência ambiental é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação de um ato de concentração, sob a justificativa de que a defesa do meio ambiente é princípio orientador da ordem econômica; e/ou deve ser considerada desde que represente um benefício compartilhado com os consumidores; v) na análise de pedidos de aprovação de atos de concentração, deve ser livremente valorada a regularidade ambiental das empresas envolvidas no ato; e/ou a aprovação da operação deve ser condicionada à celebração de acordo que preveja a regularização da situação ou, subsidiariamente, a promoção de eficiências ambientais compensatórias pelas empresas; e vi) a interpretação e a aplicação do antitruste brasileiro encontram fundamentos, objetivos, princípios e valores orientadores principalmente – e, para uns, exclusivamente – no artigo 1º da Lei nº 12.529/11.

Testes de correlação entre as respostas obtidas com a submissão do questionário indicaram ser possível inferir que, sob a perspectiva dos respondentes, a redução do rol de ditames constitucionais da ordem econômica, efetuada no artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, com a supressão do princípio da defesa do meio ambiente, pode ser considerada um obstáculo ou dificultador para a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Os respondentes que adotaram opção de resposta no sentido de que os fundamentos do antitruste encontram-se nesse dispositivo, mas não também na ordem econômica constitucional, são mais propensos a afastar hipóteses de possível abordagem da questão ambiental em controle de condutas e de estruturas. Assim, a citada supressão pode ser considerada uma possível causa da recorrente desconsideração do fator ambiental em tal análise.

Ao tratarmos da convergência entre os direitos concorrencial e ambiental no plano prático, identificamos ser possível o estabelecimento de hipóteses de abordagem da questão ambiental na análise antitruste, as quais encontram fundamento no papel do antitruste no desenvolvimento sustentável, o que confirma outra das hipóteses de pesquisa. Uma das hipóteses identificadas é a de eficiências e outros benefícios ambientais. A fim de concretizá-la, cabe às partes, na notificação de atos de concentração, suscitar a existência ou potencialidade

desses benefícios e demonstrar sua relação com o aumento da produtividade ou da competitividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços, ou o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Na justificativa do domínio de mercado pautada em eficiência ambiental, cabe demonstrar a plausibilidade do argumento e comprovar a relação entre o benefício ambiental e o ganho de mercado. Não basta, como se verificou recorrente no resultado da pesquisa tratada no item 2.1, que as partes, representados e outros apenas aleguem, vagamente, que desenvolverão produtos mais sustentáveis ou que seu processo produtivo se tornará mais amigável em termos ambientais, por exemplo. Sempre que possível, deve-se apresentar estudos e pareceres técnicos demonstrando o alegado, de forma a tornar o argumento sobre a existência de benefício ambiental mais robusto, sob pena de o Cade permanecer ignorando alegações da espécie, em razão de sua precariedade.

Foram identificadas também como hipóteses dessa abordagem a violação a normas ambientais, o marketing ambiental enganoso e outras práticas que conectam o fator ambiental ao poder econômico ou à concorrência, e que podem configurar, conforme o caso concreto: i) infração à ordem econômica; ii) fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena; e/ou iii) impedimento ao reconhecimento de eficiência como justificativa para o domínio de mercado e/ou impedimento à aprovação de concentrações. Concluímos pela necessidade de incorporação, à análise antitruste, da reflexão sobre variadas formas pelas quais a questão ambiental influencia, negativamente, o ambiente concorrencial, e de como o abuso de poder econômico e as práticas anticoncorrenciais repercutem em desfavor da proteção e da preservação do meio ambiente. Nesse sentido, cabe um esforço não apenas do órgão antitruste, mas também do Ministério Público, de terceiros, de associações de defesa do meio ambiente e do consumidor e outros, para provocar a discussão substancial da questão ambiental na análise antitruste. Ao Cade cabem, especificamente, medidas voltadas a conhecer a situação de regularidade ambiental dos agentes econômicos envolvidos com estruturas e condutas, e agir de forma efetiva em prol da livre concorrência. Um ambiente concorrencial livre não admite que, em decorrência da violação de normas ambientais e de outras ocorrências derivadas da existência de questão ambiental, coexistam mais de um padrão de concorrência, colocando em vantagem concorrencial justamente as empresas cuja atividade econômica desenvolve-se em desarmonia com o quanto apregoa a Constituição Federal, em contrariedade com interesses e bem-estar da coletividade.

Por último, foi identificado, como hipótese da abordagem da questão ambiental na análise antitruste, o tratamento de problemas concorrenciais-ambientais por meio da imposição de restrições ou condições, ou da assunção de compromissos, no bojo de ACCs e TCCs. Cabe não apenas ao órgão antitruste, mas também às partes, aos investigados, aos representados e a terceiros contribuir para a construção de soluções para a questão ambiental no âmbito desses acordos. Concluímos que ao Cade cabe impedir que atividades nocivas ao meio ambiente sejam viabilizadas ou reforçadas por estruturas e condutas que materializam o poder econômico e de mercado exercidos em desacordo com a ordem econômica constitucional.

É certo, contudo, que casos concretos contêm uma miríade de particularidades a serem observadas na análise antitruste e que indicam qual a melhor solução para atender-se à finalidade última da garantia da existência digna, da qual o acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma das facetas, com destacada relevância, em razão de ser intrinsecamente relacionada ao bem maior da vida. Haverá momentos em que o Cade estará diante de uma pretendida concentração em mercado de produto que compõe a cesta básica, em que a única eficiência apresentada pelas partes é a ambiental, futura e incerta. Nesse caso, o peso de uma redução da concorrência, para a população de baixa renda, em mercado envolvendo produto essencial para sua qualidade de vida, e sem garantia de futura redução de preço, pode prevalecer em relação ao benefício ambiental e que interessa à coletividade, indicando como solução a reprovação da operação. Haverá casos em que se estará diante de uma concentração em mercado relevante de determinado produto de luxo, por empresas comprovadamente violadoras de normas ambientais, em que a única eficiência apresentada é uma inovação tecnológica não relacionada à promoção da sustentabilidade ou de maior proteção ambiental. Em situações como essa, o incremento do poder econômico dessas empresas que atuam contrariamente à defesa do meio ambiente deve ser levado em conta, podendo ser reprovada a operação, ainda que a inovação seja de interesse dos consumidores do produto. Haverá, ainda, casos em que somente a associação entre empresas viabilizará o saneamento de problemas concorrenciais-ambientais, o investimento em tecnologia verde ou a adoção de práticas ambientalmente amigáveis, em razão de que, por vezes, são altos os custos de implementação de medidas necessárias para isso. Em casos tais, evidencia-se o valor de viabilizar-se a defesa ambiental pela única via factível.

É certo, ainda, que não há adequada análise antitruste que escolha, arbitrariamente, os fatores e as variáveis a analisar – excluindo o fator ambiental –, optando por aqueles para os

quais já se tenha, de antemão, um modelo econômico para aplicar-lhes, em geral ortodoxo e que idealiza a eficiência econômica. Havendo reflexos para a ordem econômica e a concorrência, não há que se falar em extrapolação de competência ou falta de *expertise* do Cade para lidar com a questão ambiental, ou em inexistência de modelos econômicos prontos para o tratamento dessa questão. Aliás, essa última nem sequer seria essa uma escusa plausível, pois não falta instrumental econômico para o tratamento da questão ambiental na análise antitruste, para a medição de eficiências ambientais ou ecoeficiência, para o cálculo de danos ambientais, entre outros aspectos. Destacamos, no entanto, nossa conclusão no sentido de que a CF aponta para mais além da incorporação da questão ambiental na análise antitruste em moldura econômica, que a faz refém de processo impreciso e contestável de quantificação de bens e valores ambientais. A incorporação da questão ambiental na análise antitruste parte da defesa do meio ambiente como princípio, valor e interesse da coletividade constitucionalmente protegido, e que dispensa a quantificação em razão da imensurabilidade de seu valor para a própria preservação da espécie humana e de outras.

Problemas concorrenciais-ambientais são compostos de fatores como o exercício abusivo de poder econômico e a violação de normas ambientais, os quais se retroalimentam e podem agravar-se com concentrações ou com condutas não reprimidas, afetando negativamente a livre concorrência e o meio ambiente, não se podendo fazer vista grossa a essa relação por vezes simbiótica. No presente trabalho, concluímos que a abordagem da questão ambiental na análise antitruste não é apenas possível, mas obrigatória para a efetivação dos objetivos, princípios e valores constitucionais que norteiam o antitruste. Dispensar o relevante papel do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável revela-se um luxo em um país com grande responsabilidade pela sustentabilidade do planeta e que não tem conseguido impedir a violação de normas ambientais, inclusive pelo Estado. Argumentar que cabe exclusivamente à regulação ou à atuação dos órgãos ambientais o tratamento da questão ambiental significa, por exemplo, não enfrentar situações consolidadas de violação de normas ambientais com reflexos anticoncorrenciais. Significa tratar em pé de igualdade empresas que não se encontram no mesmo patamar de concorrência, partindo do pressuposto errôneo de que há livre concorrência e livre iniciativa em mercado em que atuam empresas que desrespeitam as mencionadas normas e são beneficiadas por vantagem concorrencial indevida. Significa ignorar a realidade e não defender nem mesmo a concorrência como fim em si. Isso porque, para situações em que presente a questão ambiental, a regulação já não funcionou, e eventual atuação de órgão ambiental não necessariamente saneará prejuízos concorrenciais causados, em curso e futuros.

Há plena consciência de que o Cade não é o órgão originário, primariamente responsável ou o mais apropriado para o enfrentamento e tratamento da questão ambiental. Na sociedade ideal, a mesma da concorrência perfeita e de outras falácias, a precaução faria com que a questão ambiental nem existisse, e a eficiente e eficaz administração dessa questão faria com que nem repercutisse no ambiente concorrencial ou fosse saneada antes da atuação do Cade. Sabe-se, porém, que não é essa a realidade e que há questões ambientais que não foram evitadas nem administradas ou saneadas pelas normas ambientais, pela regulação e pelos órgãos legitimados para a defesa ambiental e que, principalmente, têm repercussões para a concorrência, tornando-se um problema do antitruste, não podendo ser ignoradas pelo Cade. Assim, concluímos que, apesar de o Conselho não ser um órgão destinado específica ou primordialmente à defesa do meio ambiente, deverá enfrentar a questão ambiental na análise antitruste sempre que isso se mostrar necessário para a defesa da ordem econômica, da livre iniciativa, da livre concorrência e para o combate ao exercício abusivo de poder econômico. Ressaltamos, todavia, que um ambiente concorrencial hígido, livre de afetação pelo poder econômico exercido de forma abusiva, bem como o alcance dos fins almejados pela ordem econômica constitucional pressupõem a regularidade ambiental dos agentes econômicos. Isso demanda uma postura ativa do órgão antitruste na persecução do desenvolvimento sustentável, incompatível com a espera por um desenvolvimento que insolitamente venha de carona, promessa natimorta, nas decisões do órgão antitruste, as quais predominantemente vêm garantindo apenas o livre mercado e o incremento do poder econômico de empresas violadoras do meio ambiente. Dessa forma, discordamos da hipótese rival de que o enfrentamento da questão ambiental extrapola a competência do órgão antitruste.

Não se quer, contudo, que seja criada verdadeira falha de governo ao introduzir-se a questão ambiental na análise antitruste, tornando os procedimentos e os processos administrativos excessivamente burocráticos, morosos e custosos. Ocorre que o problema sobre como estruturar o Cade para a absorção da discussão da questão ambiental se encontra em outra esfera de análise que não a proposta neste trabalho. Pensamos que se encontra, inclusive, em esferas diversas da jurídica, a despeito de termos opinado sobre possíveis soluções para isso: a criação de um departamento para assuntos ambientais que, a exemplo do Departamento de Estudos Econômicos, seja apto a manifestar-se sobre o assunto; a cooperação entre Cade e órgãos ambientais, que podem manifestar-se, sempre que provocados pelo Conselho, acerca de aspectos ambientais; em questões ambientais de menor complexidade, ou que possam ser

solucionadas em acordo, podendo o próprio Cade enfrentá-las, como enfrenta constantemente assuntos relacionados aos mais diversos temas, entre outras possibilidades.

Outra conclusão tida neste trabalho é a de que a questão ambiental merece tratamento apartado e específico, como o conferido às eficiências (ambientais) e a outros benefícios (ambientais), ao marketing (ambiental) enganoso, à violação de normas (ambientais), às práticas discriminatórias (com base em argumentos ambientais e de sustentabilidade), entre outros elementos. Não apenas por suas particularidades intrínsecas, mas porque o aspecto ambiental é justamente o elemento que, muitas vezes, invisibiliza a consideração de benefícios e práticas na análise antitruste. Em outras palavras, é o fato de um benefício ser ambiental que faz com que seja reiteradamente desprezado nessa análise. É o fato de a vantagem concorrencial indevida advir da usurpação de bens e interesses ambientais que, mesmo prejudicando toda a coletividade, não merecerá a mesma atenção conferida a outras práticas anticoncorrenciais. É o fator ambiental que enseja essa segregação e a inexpressividade da abordagem da questão na análise antitruste. E é também o fator ambiental que, a nosso ver, demanda análise particular sobre os fundamentos jurídicos que embasam seu tratamento no âmbito da análise antitruste e o modo como isso é realizado, principalmente no que tange à definição das hipóteses em que essa abordagem é possível. Como mostram os inúmeros exemplos citados de decisões da Comissão Europeia e de autoridades antitruste e do Judiciário ao redor do mundo, há hipóteses em que a conexão entre o fator ambiental e a concorrência não pode ser ignorada.

As hipóteses de pesquisa foram confirmadas, os objetivos geral e específicos foram atingidos e o problema de pesquisa respondido: da relação entre os direitos concorrencial e ambiental brasileiro extrai-se claramente o papel instrumental e ativo do antitruste na consecução do desenvolvimento sustentável, o qual se materializa na abordagem da questão ambiental na análise antitruste. Com isso, esperamos ter contribuído para o descongelamento do imenso iceberg teórico do antitruste de que fala Salomão Filho⁶³², com pesquisa inovadora, que propulsiona um avanço no estudo do tema e que apresenta ferramentas teóricas e práticas para a efetivação do mencionado papel do antitruste brasileiro.

Há consciência das dificuldades do que se propõe. Conforme Derani⁶³³, “a questão ambiental é, em essência, subversiva, visto que é obrigada a permear e a questionar todo o

⁶³² SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 31.

⁶³³ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63.

procedimento moderno de produção e de relação homem-natureza, estando envolvida com o cerne da conflituosidade moderna”. Justamente por isso espera-se que este trabalho incentive outros pesquisadores e acadêmicos à continuidade do estudo do tema, aprimorando o seu tratamento e enfrentando com coragem as oposições que certamente lhes serão direcionadas.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Passivo ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Direito Ambiental em Evolução 2*. Curitiba: Juruá, 2001.

AMARAL JR., Alberto do. O desenvolvimento sustentável no Plano Internacional. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ANDREWS, David. *Antitrust Law Meets the Environmental Crisis - An Argument for Accommodation*, 1 Ecology L.Q. (1971). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol1/iss4/6>>. Acesso em 15.06.2016.

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

BAKER, Jonathan B. Efficiencies and High Concentration: Heinz Proposes to Acquire Beech-Nut (2001). In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The Antitrust Revolution*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2003.

BARROS FILHO, Fernando do Rego. O impacto da regulação ambiental na atividade agropecuária brasileira: efetividade e proporcionalidade das normas vigentes. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa; MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *O Direito Concorrencial e a regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A balança teórica do Estado de Direito Ambiental. Trabalho apresentado no 14º Congresso Internacional de Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e et al (coords.). *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier: 2004.

BOBBIO, Norberto. *Política*. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOHRER, Carolina Pancotto; SCORZA, Flavio Augusto Trevisan. Instituições, concorrência e comércio internacional: criando competitividade para o desenvolvimento. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2009.

BONAKELE, Tembinkosi. Interviewed by Ioannis Lianos in anticipation of the 4th edition of the joint conference co-organized by Concurrences Review and New York University School of Law, *Antitrust in Developing Countries: competition policy in a politicized world*. New York City, Oct 2017. Disponível em: <<https://www.eventbrite.com/e/interview-with-tembinkosi-bonakele-antitrust-in-developing-countries-tickets-38769388284>>. Acesso em 12.10.2017.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a Policy at Warwith Itself*. New York: Free Press, 1993.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes_institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 02.12.2017.

BÜRGENMEIER, Beat. *Economia do Desenvolvimento Sustentável*. Tradução de Ana André. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

CALDERONI, Sabetai. Economia ambiental. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet. *Curso de gestão ambiental*. Barueri: Manole, 2004.

CARRIER, Michael A. An Antitrust Framework for Climate Change. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 9, n. 8, p. 513, 2011. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=njtip>>. Acesso em 05.05.2016.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Primeiro ano da nova lei de defesa da Concorrência – Balanço e perspectivas. In: FARINA, Laércio et al. *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2013. p. 13-19.

CARVALHO, Vinícius Marques. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 13-51.

CASTRO, Bruno Braz de. *Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

CASTRO, Marcus Faro de. *Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem pós-neoclássica*. Rev. Jur., Brasília, v. 7, n. 74, p.10-18, ago/set. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/PDF/MarcusCastro_Rev74.pdf>. Acesso em 07.07.2015.

———. Direitos em fluxo: o exemplo da propriedade intelectual. *Blog do Grupo Direito, Economia e Sociedade (GDES)*. Disponível em: <<https://economialegal.wordpress.com/2007/04/14/direitos-em-fluxo-o-exemplo-da-propriedade-intelectual/>>. Acesso em 23.01.2017.

CHANG, Ha-Joon. *Maus samaritanos: o mito do livre-comércio e a história secreta do capitalismo*. Tradução de Celina Martins Ramalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CHINAGLIA, Olavo. Liberdade de iniciativa, distribuição de renda e desenvolvimento: breve reflexão sobre a defesa da concorrência no Brasil do século XXI. In: FARINA, Laércio et al. *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

COASE, Ronald. H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59-112.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, relatório “Nosso Futuro Comum”, 1987. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em 17.10.2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, v. 63, p. 71-79, 1986. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297584/mod_resource/content/1/COMPARATO%20C%20F.%20C.%20Funcao%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20producao.pdf>. Acesso em: 01.05.2016.

CONTI, Laura. Política e ecologia. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CORIOLOANO, Caroline Pires; AZEVEDO, Kerley Mara Barros Câmara de Azevedo; ALVES, Isabella Faustino. O papel da cidadania ambiental na efetividade da tutela jurídica ao meio ambiente. Trabalho apresentado no 14º Congresso Internacional de Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e et al (coords.). *Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativos, quantitativos e mistos*. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 17.10.2016.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência, regulação e desenvolvimento. In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.

DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008

ELZINGA, Kenneth G. The Goals of Antitrust: Other than Competition and Efficiency, What Else Counts? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, n. 6, jun 1977, p. 1191-1213. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/3311439?uid=2&uid=4&sid=21104587314323>>. Acesso em 13.06.2014.

FARINA, Elizabeth. Prefácio IX. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009.

FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Poder econômico e gestão orgânica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009.

FERNANDES, Sofia. Preocupa que setor biotecnológico seja tão concentrado, diz chefe da Embrapa. *Folha de São Paulo*, Ciência, 04.04.2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2015/04/1612287-preocupa-que-setor-biotecnologico-seja-tao-concentrado-diz-chefe-da-embrapa.shtml>>. Acesso em 10.10.2017.

FINNEGAN, John. The European Commission acknowledges the voluntary commitment offered by the EACEM to reduce stand by power use of TVs and VCRs for environmental purposes (European association of consumer electronics manufacturers). *e-Competitions Bulletin*, January 1998, art. n. 39471. Disponível em <<https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/January-1998/The-European-Commission-39471>>. Acesso em 10.11.2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações). Trabalho apresentado no 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (coords.). *Direito Ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula A.; GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FOX, Eleanor M. Imagine: Pro-Poorer Competition Law. *Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. Global Forum on Competition. Competition and Poverty Reduction*. 14 feb 2013. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2013\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2013)4&docLanguage=En)>. Acesso em 22.05.2014.

———. The Battle for the Soul of Antitrust. *California Law Review*, v. 75, issue 3, article 6, p. 917-923, may 1987. Disponível em:

<<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1937&context=californialawreview>>. Acesso em 04.04.2017.

———. Outsider Antitrust: ‘Making Markets Work for People’ as a Post-Millennium Development Goal. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017. p. 22-37.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A política antitruste no projeto constituinte*. 3 set 1987. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/127832/Setembro%2087%20-%20200031.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10.08.2016.

FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

———. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

———. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

———. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FURTADO, Celso. *O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

———. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

———. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAVIL, Andrew; KOVACIC, William; BAKER, Jonathan. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. St. Paul, MN: Thomson West, 2002.

GONÇALVES, Priscila Brolio. Recusa de contratar acesso a bens essenciais: problema regulatório ou antitruste? In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (org.). *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRANADO, Shalom Einstoss. Doutrina do Elo Verde: a importância do Direito Ambiental para o Direito Econômico. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo - IBRAC – doutrina, jurisprudência, legislação*, v. 5, n. 8, São Paulo, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRIMMER, Martin. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

———. Company Environmental Performance and Consumer Purchase Intentions. In: *Journal of Business Research* 66, 2013.

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

HUTTON, Susan M.; LASKEY, Michael. The Canadian Supreme Court clarifies the notion of "prevention" of competition and revitalizes efficiencies defence in a merger case (Tervita). *e-Competitions Bulletin*, 22 Jan 2015, Art. n. 70968. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/january-2015/The-Canadian-Supreme-Court-70968?erreur=lien_perime>. Acesso em 21.11.2017.

KENNEDY, David. Law and Development Economics: Toward a New Alliance. In: KENNEDY, David; STIGLITZ, Joseph E. (eds.) *Law and Economics with Chinese Characteristics: Institutions for Promoting Development in the Twenty-First Century*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/DK%20Law%20and%20Dev%20Economics.pdf>>. Acesso em: 15.10.2016.

KHARMANDAYAN, Luiza. *A relação entre o direito e a teoria econômica na jurisprudência do Cade sobre tabelas médicas*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2015.

KOVACIC, William E.; HYMAN, David A. Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer? (Chicago, 28 Oct. 2011), feb. 2013, *Concurrences Review* n° 1-2013, art. n. 50967. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2013/conferences/competition-agencies-with-complex-policy-portfolios-divide-or-conquer-chicago>>. Acesso em 17.10.2017.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Direito concorrencial europeu*. Leme: J.H. Mizuno, 2008.

LOMBARDINI, Siro. Política econômica. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord). *Agenda contemporânea: Direito e Economia*. 30 anos de Brasil. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 213-229.

MACHADO, Katia. Os interesses econômicos por trás (ou debaixo) da lama de rejeitos da mineração. *Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio*, 01.11.2017. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/os-interesses-economicos-por-tras-ou-debaixo-da-lama-de-rejeitos-da-mineracao>>. Acesso em 07.11.2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARCUSE, Herbert. *One-Dimensional Man: Studies in Ideology of Advanced Industrial Society*. London: Routledge, 1964.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONEBHURRUN, Nitish. *A ponte entre o direito internacional dos investimentos e o desenvolvimento sustentável*. Pontes, v. 8, n. 3, jun. 2012. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-ponte-entre-o-direito-internacional-dos-investimentos-e-o-desenvolvimento>>. Acesso em 05.01.2018.

MUELLER, Charles C. O debate dos economistas sobre a sustentabilidade: uma avaliação sob a ótica da análise do processo produtivo de Georgescu-Roegen. *Estudos Econômicos*, v. 35, n. 4, p. 687-713, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612005000400004>>. Acesso em 05.12.2017.

NAZAR, Nelson. *Direito Econômico*. Bauru: Edipro, 2004.

NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

NUSDEO, Fabio. Primeiro encontro: poder econômico – o jogo e as regras. Legislação econômica, grupos de pressão e regulação. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Policy Roundtables – The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*. DAF/COMP(2012)23. 02 May 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>>. Acesso em 22.05.2016.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Policy Roundtables – Competition in Road Fuel*. DAF/COMP(2013)18. 21 Nov 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/CompetitionInRoadFuel.pdf>>. Acesso em 30.05.2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito da Concorrência no Brasil: novo espaço de ativismo judicial?* Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1310/1242>>. Acesso em 30.10.2016.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORBACH, Barak. How Antitrust Lost Its Goal, v. 81, *Fordham L. Rev.*, p. 2253-2276, 2013. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>>. Acesso em 21.05.2016.

PATO, Claudia Marcia Lyra; CAMPOS, Camila Bolzan de. Comportamento ecológico. In: CAVALCANTE, Sylvia; ELALI, Gleice A. (org.). *Temas básicos em psicologia ambiental*. Edição digital. Petrópolis: Vozes, 2017.

REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Defesa do consumidor e disciplina antitruste. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROWE, FREDERICK M. Antitrust Policies and Environmental Controls. *The Business Lawyer*, v. 29, n. 3, p. 897–911, 1974. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40685265>>. Acesso em 09.04.2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. In: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2009.

———. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

———. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SALOP, Steven C. What Consensus? Ideology, Politics and Elections Still Matter. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. April 2013. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1207>>. Acesso em 14.05.2017.

SANTACRUZ, Ruy. Caracterização da conduta anticompetitiva prevista no artigo 36. In: FARINA, Laércio et al. *A nova Lei do CADE*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 195-216.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19.05.2014.

———. *Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno*. 2004. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrencia_moderno.pdf>. Acesso em 19.05.2014.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

———. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of Populism*. 24 October 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3058345>>. Acesso em 04.12.2017.

SILVA, Ana Lúcia Pinto et al. Principais conceitos econômicos. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord). *Agenda contemporânea: Direito e Economia. 30 anos de Brasil*. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 475-536.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. *Revista de Direito Brasileira*, v. 14, n. 6, p. 215-230, aug. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/349/262>>. Acesso em 05.11.2017.

SOUZA, Jussara de Paula et al. Estudo de caso: o marketing verde e a empresa Saby Engenharia localizada na cidade de Goiânia-Goiás. *XIX Engema – Encontro Internacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente*. 04-05 dez 2017. Disponível em: <<http://engemausp.submissao.com.br/19/anais/arquivos/73.pdf>>. Acesso em: 30.01.2018.

STIGLER, George, J. Law and Economics? *The Journal of Law & Economics*, v. 35, n. 2, p. 455-468, oct. 1992. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/467262>>.

STIGLITZ, Joseph E. Towards a Broader View of Competition Policy. In: *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*. Edited by BONAKELE, Tembinkosi; FOX, Eleanor; MNCUBE, Liberty. New York: Oxford University Press, 2017. p. 4-21.

STOPINNO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. v. 53, p. 551-629, 2012. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3215&context=bclr>>. Acesso em 18.06.2015.

SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding Antitrust and its Economics Implications*. 6. ed. New Providence, NJ: LexisNexis, 2014.

TESSLER, Marga Barth. O valor do dano ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (coord.). *Direito Ambiental em evolução 2*. Curitiba: Juruá, 2001.

THALER, Richard H. From Homo Economicus to Homo Sapiens. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 133-141, Winter 2000. Disponível em: <<https://faculty.chicagobooth.edu/richard.thaler/research/pdf/homo.pdf>>. Acesso em 24.08.2017.

TORRE-SCHAUB, Marta. *Economics and Environmental Law: dealing with competition law and environmental principles in the European Union context*. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/TorreSchaubForum.pdf>. Acesso em 04.02.2018.

UNCTAD. *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth – Note by the UNCTAD secretariat*. 27 April 2015. UN Doc TD/RPB/CONF.8/6. Disponível em: <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/t drbpconf8d6_en.pdf>. Acesso em 08.01.2018.

VIZEU, Fabio; MENEGHETTI, Francis Kanashiro; SEIFERT, Rene Eugenio. Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 569-583, set. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512012000300007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 01.10.2017.

YADAV, Prayag Lal; HAN, Seung Hun; KIM, Hohyun. Manager's Dilemma: Stockholders' and Consumers' Responses to Corporate Environmental Efforts. MDPI AG, *Sustainability*, v. 9, n. 7, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.mdpi.com/2071-1050/9/7/1108/htm>>. Acesso em 06.07.2017.

ANEXO A - CARTA DE APRESENTAÇÃO DE PESQUISADORA E SUBMISSÃO DE QUESTIONÁRIO – PESQUISA ACADÊMICA – MESTRADO EM DIREITO

Brasília (DF), 01 de outubro de 2017.

Prezado(a),

Apresento-me como pesquisadora acadêmica e solicito sua valiosa contribuição, com a apresentação de respostas ao questionário anexo, para subsidiar e viabilizar pesquisa à qual me propus.

Sou mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), conforme declaração da instituição de ensino anexa ao e-mail.

Sob orientação da Profa. Dra. Ana Frazão, realizo pesquisa intitulada “O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a questão ambiental na análise antitruste”, cujo problema de pesquisa é: de que maneira os discursos do direito antitruste e do direito ambiental relacionam-se e qual é a repercussão dessa relação sobre a análise antitruste?

Um dos objetivos de minha pesquisa é compreender, analisar e produzir dados acerca do entendimento/posicionamento, sobre questões relacionadas a esse tema-problema, por parte daqueles que, no período de 2012 até a atualidade, exercem ou exerceram mandatos no Cade como Presidente, Conselheiro(a), Superintendente-Geral, Superintendente-Adjunto e Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, bem como que atuaram como Procurador do Ministério Público Federal perante o Cade.

Para o alcance desse objetivo, optei pela coleta de dados por meio de questionário dirigido a integrantes do grupo mencionado, doravante denominados “respondentes”, cujos comentários e respostas às sete perguntas formuladas serão utilizados em análises qualitativa e quantitativa no âmbito da pesquisa pretendida.

Os entendimentos/posicionamentos expressos pelos respondentes em seus comentários e respostas serão interpretados como manifestação pessoal e em nome próprio, **não sendo considerados representativos de posicionamento institucional do órgão antitruste sobre as questões abordadas no questionário.**

Na publicação dos resultados da pesquisa, a apresentação de dados e informações acerca de respostas, comentários ou entendimentos/posicionamentos manifestados será realizada sem associá-los aos respondentes individualmente, **preservando a confidencialidade da identidade destes. Sobre os respondentes, será mencionado apenas que integram o grupo já mencionado, formado por (ex)ocupantes de determinados cargos no Cade entre 2012 e a presente data.**

São **orientações para responder ao questionário:**

i) para cada pergunta, **marcar tantas opções de resposta quantas lhe pareçam pertinentes e/ou utilizar a última opção (“vazia”) para indicar resposta diversa das apresentadas nas opções anteriores** e, se possível, registrar **comentários** que entender cabíveis para o esclarecimento e/ou aprofundamento das respostas e questões colocadas;

- ii)* partir da premissa de que a **constatação da violação de normas ambientais** pode dar-se de formas variadas, como, por exemplo, com base em decisão definitiva em processo administrativo ou judicial, ou em manifestação de entidades ou órgãos públicos ambientais;
- iii)* partir da premissa de que a **constatação do uso de marketing ambiental enganoso** pode dar-se de formas variadas, como, por exemplo, com base em manifestação de entidades ou órgãos públicos voltados à defesa do consumidor;
- iv)* considerar como **“eficiências ambientais”** os benefícios, em termos de proteção/conservação/preservação ambiental, resultantes de uma estrutura ou conduta. São exemplos dessas eficiências: *a)* a redução da geração de poluição ou do uso de recurso natural por uma atividade econômica; *b)* a melhora da qualidade de um produto, em razão da agregação de atributos de sustentabilidade; e *c)* a alteração na produção ou no uso de um produto que passam a dar-se de modo menos agressivo ao meio ambiente.

Em virtude do cronograma da pesquisa, solicito a gentileza de **enviar os comentários e as respostas** ao questionário, se possível, **até 05.11.2017**, para este mesmo e-mail remetente: [REDACTED]. Tal envio implica o consentimento para a utilização de seu conteúdo como subsídio para a pesquisa descrita e publicação dos resultados desta, nos termos da presente Carta de Apresentação.

Coloco-me à disposição, por meio do e-mail indicado ou do telefone [REDACTED], para esclarecer dúvidas relativas à pesquisa ou ao questionário.

Agradeço imensamente, desde já, a atenção e o tempo dispensados, e destaco que **sua contribuição é imprescindível para a realização da pesquisa proposta e viabiliza o estudo acadêmico do antitruste no Brasil sob novas perspectivas.**

ANEXO B - QUESTIONÁRIO

1 – A violação de normas ambientais pode permitir a uma empresa o desenvolvimento de sua atividade econômica com vantagem concorrencial frente aos concorrentes que não incidem na mesma conduta ilícita. Isso ocorre, por exemplo, quando o desrespeito à determinada lei ambiental viabiliza a uma empresa a utilização de insumo ao qual os concorrentes não têm acesso, com aproveitamento para a melhora da qualidade de seus produtos/serviços, ou quando a violação de norma ambiental permite a redução dos custos de produção e a oferta do produto a um preço menor.

Diante dessa possibilidade, no seu entendimento, na análise antitruste em controle de condutas, a violação de normas ambientais:

- a) () deve ser considerada infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso VI, da Constituição Federal (CF)⁶³⁴;
- b) () não configura infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, mas fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso VI, da CF;
- c) () apenas no caso de ter como desdobramento efeito previsto em inciso do art. 36 da Lei nº 12.529/11⁶³⁵, deve ser considerada infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica;
- d) () apenas no caso de ter como desdobramento efeito previsto em inciso do art. 36 da Lei nº 12.529/11, deve ser considerada como fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável;
- e) () não deve ser considerada na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise;
- f) () [Resposta e/ou comentários livres] _____

2 – No seu entendimento, na análise antitruste em controle de condutas, diante da violação de normas ambientais, o argumento de que a conquista de mercado por parte da empresa violadora resulta de processo natural fundado em maior eficiência em relação aos concorrentes (art. 36, § 1º, da Lei nº 12.529/11)⁶³⁶:

⁶³⁴ “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: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]”.

⁶³⁵ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: 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. [...]”.

⁶³⁶ “Art. 36. [...] § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”.

- a) () deve sempre ser afastado, uma vez que o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostra-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso VI, da CF;
- b) () deve ser afastado desde que haja nexo de causalidade entre a violação de normas ambientais e a suposta maior eficiência em relação aos concorrentes, da qual derive a conquista de mercado;
- c) () deve ser analisado de forma independente da questão da violação de normas ambientais, uma vez que esta não deve ser considerada na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise;
- d) () [Resposta e/ou comentários livres] _____

3 – O marketing ambiental (ou “verde”) enganoso, com a associação a produto, serviço ou atividade empresarial, em publicidade, de informações falsas acerca de atributos relacionados à sustentabilidade e a benefícios (ou ausência ou redução de malefícios) ao meio ambiente, pode propiciar à empresa que utiliza de tal artifício vantagem concorrencial frente aos concorrentes que não adotam a mesma prática.

Diante dessa possibilidade, no seu entendimento, na análise antitruste em controle de condutas, o uso de marketing ambiental enganoso:

- a) () deve ser considerado infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso V, da CF⁶³⁷;
- b) () não configura infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, mas fator agravante a ser considerado na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, inciso V, da CF;
- c) () apenas no caso de ter como desdobramento efeito previsto em inciso do art. 36 da Lei nº 12.529/11, deve ser considerado infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica;
- d) () apenas no caso de ter como desdobramento efeito previsto em inciso do art. 36 da Lei nº 12.529/11, deve ser considerado como fator agravante na avaliação da gravidade da infração à ordem econômica e na dosimetria da pena aplicável;
- e) () enseja o afastamento de argumento no sentido de que a conquista de mercado, pela empresa que adotou a prática lesiva, resultou de processo natural fundado em sua maior eficiência em relação aos concorrentes (art. 36, § 1º, da Lei nº 12.529/11), desde que haja nexo de causalidade entre o uso de marketing ambiental enganoso e a suposta eficiência;
- f) () não deve ser considerado na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise;
- g) () [Resposta e/ou comentários livres] _____

⁶³⁷ “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: [...] V - defesa do consumidor; [...]”.

4 – No seu entendimento, na análise antitruste em controle de estruturas, em pedidos de aprovação de ato de concentração econômica, a indicação e demonstração pelas partes de que a operação pretendida gera “eficiências ambientais”:

- a) () é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, assim como ocorre em relação a eficiências de caráter predominantemente econômico, pois a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, é um princípio orientador da ordem econômica (art. 170, inciso VI, da CF);
- b) () é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, pois “eficiências ambientais” podem significar aumento da competitividade da empresa, melhora na qualidade de seus bens ou serviços e/ou, ainda, serem, ao mesmo tempo, eficiências econômicas (objetivos tratados no art. 88, § 6º, inciso I, da Lei nº 12.529/11⁶³⁸);
- c) () é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, pois “eficiências ambientais” representam benefício compartilhado com os consumidores (objetivo tratado no art. 88, § 6º, inciso II, da Lei nº 12.529/11⁶³⁹);
- d) () é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, desde que a “eficiência ambiental” somente possa ser obtida por meio da operação para a qual se requer autorização;
- e) () não é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, por não se tratar de escopo do antitruste a defesa do meio ambiente;
- f) () não é um elemento que deve ser considerado na decisão sobre a aprovação do ato de concentração, por não corresponder a uma eficiência econômica;
- g) () [Resposta e/ou comentários livres] _____

5 – Considerando que as relações de dominação da natureza são geradoras de poder econômico e que a aprovação de um ato de concentração econômica pode significar o aumento ou a consolidação de poder econômico em favor de empresas violadoras de normas ambientais, no seu entendimento, na análise antitruste em controle de estruturas:

- a) () não devem ser aprovados atos de concentração que tenham como parte empresa violadora de normas ambientais ou com passivo ambiental, em virtude de o desenvolvimento de atividade econômica nesses termos mostrar-se em desacordo com o disposto no art. 170, da CF, com destaque para seu inciso VI;
- b) () não devem ser aprovados atos de concentração que tenham como parte empresa à qual é atribuída grave ou reiterada violação de normas ambientais ou passivo ambiental relevante, considerados parâmetros a serem estabelecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ou, ainda, o juízo discricionário da autoridade antitruste nessa avaliação em cada caso concreto;
- c) () a aprovação de atos de concentração que tenham como parte empresa violadora de normas ambientais ou com passivo ambiental deve ser condicionada à celebração de acordo em controle

⁶³⁸ “Art. 88. [...] § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; [...]”.

⁶³⁹ “Art. 88. [...] II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. [...]”

de concentração ou ocorrer mediante a imposição de condições/restrições à operação, com o objetivo de fazer com que a empresa proceda à regularização de sua situação ou, subsidiariamente, promova “eficiências ambientais” compensatórias;

d) a análise de pedidos de aprovação de atos de concentração deve considerar a regularidade ambiental das empresas envolvidas, cabendo ao Cade, todavia, valorar livremente esse elemento, apreciando-o juntamente com os demais aspectos e efeitos da operação (fechamento de mercado, eficiências econômicas, etc.);

e) a regularidade ambiental das empresas envolvidas em um pedido de aprovação de ato de concentração não é um elemento que deve ser considerado pela análise antitruste no controle de estruturas, por não se tratar de escopo do antitruste a defesa do meio ambiente;

f) [Resposta e/ou comentários livres] _____

6 – No seu entendimento, quais fundamentos, objetivos, princípios e valores orientam a interpretação e aplicação do antitruste brasileiro?

a) os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, expressos nos arts. 1º e 3º da CF, dentre os quais: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais;

b) os valores e princípios orientadores da ordem econômica, com destaque para os indicados no artigo 170 da CF: valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, justiça social, soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente (inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação), redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;

c) os ditames constitucionais citados no art. 1º da Lei nº 12.529/11, quais sejam, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico;

d) o princípio retributivo, relativo à distribuição de benefícios à sociedade;

e) o desenvolvimento sustentável, que forja o conceito de eficiência econômica para abranger, por exemplo, formas mais equilibradas de usar os insumos necessários à produção e distribuição de produtos/serviços;

f) a repressão ao abuso de poder econômico em todas as suas formas;

g) a efetiva concorrência;

h) a efetiva competitividade;

i) a eficiência econômica (alocativa, produtiva ou dinâmica);

j) o bem-estar do consumidor, relacionado a benefícios decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômico, tal como a redução do preço de um produto/serviço;

k) o bem-estar do consumidor, relacionado a benefícios de naturezas diversas, não apenas decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômico. Isso porque a ordem econômica constitucional e, mesmo, as normas de defesa do consumidor, apontam para a proteção de interesses variados: benefícios resultantes de “eficiências ambientais”, como o

acesso a produtos mais sustentáveis; acesso à informação; liberdade de escolha; dentre outros aspectos que culminam na promoção de dignidade humana e justiça social;

l) () o bem-estar da sociedade, relacionado não apenas a benefícios compartilhados especificamente com os consumidores dos produtos e serviços envolvidos com a estrutura ou conduta analisada, abrangendo também benefícios compartilhados com outros grupos de interesses que, de qualquer forma, sofram impactos da atividade econômica em questão, como a comunidade onde instalada uma indústria. Não se restringe a benefícios decorrentes de eficiências de caráter predominantemente econômico, abrangendo benefícios de diversas naturezas, inclusive resultantes de “eficiências ambientais”, como o acesso a produtos mais sustentáveis. Isso porque a ordem econômica constitucional e a titularidade dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 12.529/11 apontam para uma preocupação com o bem-estar da coletividade e o resguardo de interesses variados, como a preservação do meio ambiente;

m) () as políticas públicas;

n) () as políticas econômicas especificamente;

o) () [Resposta e/ou comentários livres] _____

7 – No seu entendimento, quais são os motivos pelos quais, hoje, a discussão da questão ambiental na análise antitruste não é habitual?

a) () o Cade não tem competência para tratar de questões ambientais;

b) () o Cade não tem recursos humanos e/ou materiais para tratar de questões ambientais;

c) () a incorporação da discussão da questão ambiental na análise antitruste tornaria essa análise excessivamente subjetiva, mais complexa e demorada;

d) () o tratamento de questões ambientais foge ao escopo da análise antitruste, ainda que o Cade possa contar com a colaboração de entidades ou órgãos públicos ambientais para auxiliá-lo, por exemplo, manifestando-se sobre a constatação da violação de normas ambientais ou a existência de passivo ambiental;

e) () em seus pedidos de aprovação de ato de concentração ou nas justificativas para a conquista de mercado, as empresas não têm apresentado ao Cade argumentos relacionados a “eficiências ambientais”;

f) () os concorrentes, as entidades e os órgãos legitimados para a defesa do meio ambiente, dentre outros possíveis legitimados/interessados, não têm apresentado ao Cade representações, informações ou qualquer outra forma de contribuição para incitar ou fomentar a discussão de questões ambientais na análise antitruste, seja no controle de estruturas, seja no de condutas;

g) () [Resposta e/ou comentários livres] _____

ANEXO C – TABELAS

Tabela 1: Compilação de respostas aos questionários por respondente

Questionários recebidos	Respostas Questão 1	Respostas Questão 2	Respostas Questão 3	Respostas Questão 4	Respostas Questão 5	Respostas Questão 6	Respostas Questão 7
Respondente 01	C	a	c	d	c	b	e
Respondente 02	c; f	b	c	a; b; c	c	a; b; c; d; e; f; g; h; i; j; k; l; o	c; e; f; g
Respondente 03	E	c	f; g	c; d;	e	c	a
Respondente 04	D	c	f	e	e	c	a; b; d
Respondente 05	d; f;	a; d;	d	a; g	c; f	c; o	f; g;
Respondente 06	C	b	c	a; b; c; d	f;	a; b; c; f; g; h; j; k; m	e; f; g
Respondente 07	C	b	c	g	e	b	g
Respondente 08	b; c; f	b	e	a; b; c	d	a; b; c; d; e; f; g; h; i; j; k; l; m;	b; c; f; g
Respondente 09	e; f	c; d	f; g	d; g	d; f;	c; o	a; b; c; g
Respondente 10	e; f	d	f	g	f	c	a; d
Respondente 11	D	c	d	b	e	c	a
Respondente 12	C	b	c	d	d	c	a; d
Respondente 13	C	a	b	a	a	b	d
Respondente 14	D	b	f	e	e	c	a
Respondente 15	C	b	c; e	c	c	a; b; c; f; g; h; j; k; m; n;	a; g
Respondente 16	E	b	c; e	a; b; c	d	b; c; e; f; g; h; i; j; m	a; c; d

Tabela 2: Total de respostas conforme opções

	Questão 1	Questão 2	Questão 3	Questão 4	Questão 5	Questão 6	Questão 7
Opção "a"	0 (0%)	3 (18,75%)	0 (0%)	6 (37,5%)	1 (6,25%)	4 (25%)	9 (56,25%)
Opção "b"	1 (6,25%)	8 (50%)	1 (6,25%)	5 (31,25%)	0 (0%)	8 (50%)	3 (18,75%)
Opção "c"	8 (50%)	4 (25%)	7 (43,75%)	6 (37,5%)	4 (25%)	13 (81,25%)	4 (25%)
Opção "d"	4 (25%)	3 (18,75%)	2 (12,5%)	5 (31,25%)	4 (25%)	2 (12,5%)	5 (31,25%)
Opção "e"	4 (25%)		3 (18,75%)	2 (12,5%)	5 (31,25%)	3 (18,75%)	3 (18,75%)
Opção "f"	5 (31,25%)		5 (31,25%)	0 (0%)	4 (25%)	5 (31,25%)	4 (25%)
Opção "g"			5 (31,25%)	4 (25%)		5 (31,25%)	7 (43,75%)
Opção "h"						5 (31,25%)	
Opção "i"						3 (18,75%)	
Opção "j"						5 (31,25%)	
Opção "k"						4 (25%)	
Opção "L"						2 (12,5%)	
Opção "m"						4 (25%)	
Opção "n"						1 (6,25%)	
Opção "o"						3 (18,75%)	

Tabela 3: Correlações 1 a 5

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 1: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e Questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	6	60%	38%
Correlação 2: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e Questão 2 com opção "a" ou "b"	5	50%	31%
Correlação 3: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e Questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	5	50%	31%
Correlação 4: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e Questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	7	70%	44%
Correlação 5: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e Questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	5	50%	31%

Tabela 4: Correlações 6 a 10

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 6: Questão 7 com opção "a" e Questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	5	56%	31%
Correlação 7: Questão 7 com opção "a" e Questão 2 com opção "a" ou "b"	4	44%	25%
Correlação 8: Questão 7 com opção "a" e Questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	4	44%	25%
Correlação 9: Questão 7 com opção "a" e Questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	6	67%	38%
Correlação 10: Questão 7 com opção "a" e Questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	4	44%	25%

Tabela 5: Correlações 11 a 15

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 11: Questão 7 com opção "d" e Questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	3	60%	19%
Correlação 12: Questão 7 com opção "d" e Questão 2 com opção "a" ou "b"	3	60%	19%
Correlação 13: Questão 7 com opção "d" e Questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	3	60%	19%
Correlação 14: Questão 7 com opção "d" e Questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	3	60%	19%
Correlação 15: Questão 7 com opção "d" e Questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	3	60%	19%

Tabela 6: Correlações 16 a 20

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 16: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e questão 1 com opção "e"	4	40%	25%
Correlação 17: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e questão 2 com opção "c"	4	40%	25%
Correlação 18: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e questão 3 com opção "f"	5	50%	31%
Correlação 19: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e questão 4 com opção "e", "f"	2	20%	13%
Correlação 20: Questão 7 com opção "a" ou opção "d" e questão 5 com opção "e"	4	40%	25%

Tabela 7: Correlações 21 a 25

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 21: Questão 6 com opção "b", "e", "k" ou "L" e questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	7	88%	44%
Correlação 22: Questão 6 com opção "b", "e", "k" ou "L" e questão 2 com opção "a" ou "b"	8	100%	50%
Correlação 23: Questão 6 com opção "b", "e", "k" ou "L" e questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	8	100%	50%
Correlação 24: Questão 6 com opção "b", "e", "k" ou "L" e questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	7	88%	44%
Correlação 25: Questão 6 com opção "b", "e", "k" ou "L" e questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	6	75%	38%

Tabela 8: Correlações 26 a 30

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 26: Questão 6 com opção "b" e questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	7	88%	44%
Correlação 27: Questão 6 com opção "b" e questão 2 com opção "a" ou "b"	8	100%	50%
Correlação 28: Questão 6 com opção "b" e questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	8	100%	50%
Correlação 29: Questão 6 com opção "b" e questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	7	88%	44%
Correlação 30: Questão 6 com opção "b" e questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	6	75%	38%

Tabela 9: Correlações 31 a 35

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 31: Questão 6 com opção "e" e questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	2	67%	13%
Correlação 32: Questão 6 com opção "e" e questão 2 com opção "a" ou "b"	3	100%	19%
Correlação 33: Questão 6 com opção "e" e questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	3	100%	19%
Correlação 34: Questão 6 com opção "e" e questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	3	100%	19%
Correlação 35: Questão 6 com opção "e" e questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	3	100%	19%

Tabela 10: Correlações 36 a 40

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 36: Questão 6 com opção "k" e questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	4	100%	25%
Correlação 37: Questão 6 com opção "k" e questão 2 com opção "a" ou "b"	4	100%	25%
Correlação 38: Questão 6 com opção "k" e questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	4	100%	25%
Correlação 39: Questão 6 com opção "k" e questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	4	100%	25%
Correlação 40: Questão 6 com opção "k" e questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	3	75%	19%

Tabela 11: Correlações 41 a 45

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 41: Questão 6 com opção "L" e questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	2	100%	13%
Correlação 42: Questão 6 com opção "L" e questão 2 com opção "a" ou "b"	2	100%	13%
Correlação 43: Questão 6 com opção "L" e questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	2	100%	13%
Correlação 44: Questão 6 com opção "L" e questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	2	100%	13%
Correlação 45: Questão 6 com opção "L" e questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	2	100%	13%

Tabela 12: Correlações 46 a 50

Correlação	Ocorrências	Proporção 1	Proporção 2
Correlação 46: Questão 6 com opção "c" exclusivamente ou opções "c" e "o" exclusivamente e Questão 1 com opção "a", "b", "c" ou "d"	5	63%	31%
Correlação 47: Questão 6 com opção "c" exclusivamente ou opções "c" e "o" exclusivamente e Questão 2 com opção "a" ou "b"	3	38%	19%
Correlação 48: Questão 6 com opção "c" exclusivamente ou opções "c" e "o" exclusivamente e Questão 3 com opção "a", "b", "c", "d" ou "e"	3	38%	19%
Correlação 49: Questão 6 com opção "c" exclusivamente ou opções "c" e "o" exclusivamente e Questão 4 com opção "a", "b", "c" e "d"	5	63%	31%
Correlação 50: Questão 6 com opção "c" exclusivamente ou opções "c" e "o" exclusivamente e Questão 5 com opção "a", "b", "c" e "d"	3	38%	19%