

WORKING PAPER

CONCORRÊNCIA E SUSTENTABILIDADE:

PROPOSTA DE DIRETRIZES PARA A ANÁLISE DE ACORDOS
DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL PELO CADE

UMA INICIATIVA DESENVOLVIDA PELA COMISSÃO
DE CONCORRÊNCIA DA ICC BRASIL



MARÇO | 2024

Copyright © 2023 International Chamber of Commerce – ICC Brasil Todos os direitos reservados. A ICC detém todos os direitos autorais e outros direitos de propriedade intelectual deste trabalho. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, distribuída, transmitida, traduzida ou adaptada em qualquer forma ou por qualquer meio sem a permissão da ICC. A permissão pode ser solicitada à ICC pelo e-mail iccbrasil@iccbrasil.org



Liderança da Comissão de Concorrência

Paola Pugliese - Presidente

Tatiana Lins Cruz - Vice-Presidente

Milena Mundim - Vice-Presidente

Coordenadores da Task Force

Marcio Dias Soares

Ana Carolina Folgosi Bittar

Membros da Task Force

Amanda Athayde

Adriana Cardinali Straube

Alexandre Horn Pureza

Aurélio Marchini

Carlos Tobias

Caroline França

Giovana Porto

Leonardo Rocha e Silva

Mariana Llamazalez Ou

Maíra Schulz

Paula Baqueiro

Paulo Casagrande

Tatiane Zichi



SU- MÁ- RIO

SOBRE A ICC	5
INTRODUÇÃO	6
1. VIABILIDADE JURÍDICA DE DIRETRIZES PARA ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NO BRASIL	8
2. SUGESTÕES DE DIRETRIZES PARA SEREM ADOTADAS PELO CADE	9
2.1. Definição de critérios para identificação de acordos de sustentabilidade ambiental compatíveis com a legislação de defesa da concorrência	10
2.1.1. Criação de benefícios pelo acordo de sustentabilidade ambiental	10
2.1.2. Indispensabilidade do acordo de sustentabilidade ambiental para o atingimento dos benefícios ao meio ambiente almejados	10
2.1.3. Repasse aos consumidores de uma “parte justa” (fair share) dos benefícios	11
2.1.4. Não-eliminação da concorrência	11
2.2. Exemplos de acordos de sustentabilidade ambiental entre concorrentes que não violam a legislação concorrencial	12
2.2.1. Exemplo 1	12
2.2.2. Exemplo 2	12
2.2.3. Exemplo 3	13
2.3. Exemplos de acordos entre concorrentes relacionados a sustentabilidade ambiental que já foram aprovados pelo Cade	13
3. PROCEDIMENTOS PARA ORIENTAÇÃO A ADMINISTRADOS	15
3.1. Referências de procedimentos de consulta adotados por autoridades estrangeiras	15
3.2. Proposta de mecanismos de consulta para orientação dos administrados sobre acordos de sustentabilidade ambiental	16
4. CONCLUSÃO	18

Sobre a ICC

Criada em 1919, a *International Chamber of Commerce* ("ICC"), é a representante institucional de mais de 45 milhões de empresas em 170 países, com o propósito de fazer negócios funcionarem para todos, todos os dias e em todos os lugares.

No Brasil há 10 anos, a organização tem como objetivo trazer o setor privado para o centro da agenda de comércio internacional e ampliar a voz da comunidade empresarial brasileira junto a governos e organismos internacionais na elaboração de projetos voltados para o desenvolvimento econômico, social e melhoria do ambiente de negócios.

Para isso, nós damos voz às empresas instaladas no Brasil no âmbito global e transmitimos às autoridades governamentais relevantes as posições da ICC sobre questões-chave para os negócios internacionais, além de difundirmos localmente o conteúdo desenvolvido pela ICC global e organizarmos eventos sobre temas de relevância para a economia do país. A ICC Brasil conta com mais de 200 associados, entre empresas, consultorias, bancos e escritórios de advocacia, que participam de comissões temáticas de interesse do setor privado brasileiro, como a Comissão de Concorrência.

O crescimento econômico depende fundamentalmente de um ambiente saudável de concorrência, sendo a competitividade um dos condutores para avançar a agenda de inserção internacional do país. Leis concorrenciais são um fator-chave para garantir que todas as empresas de todos os tamanhos possam operar e competir sob as mesmas condições, diminuindo distorções de mercado. Nesse contexto, a Comissão de Concorrência da ICC Brasil tem desempenhado um papel importante de interlocução entre setor privado e setor público para o constante fortalecimento e evolução do ambiente concorrencial.

Diante do desafio das mudanças climáticas e da importância de um arcabouço regulatório que não desencoraje ações nesse sentido, a *Task Force* de Concorrência e Sustentabilidade foi criada para explorar como a sustentabilidade ambiental pode ser levada em consideração na política de defesa da concorrência no Brasil e quais as oportunidades de avanço dessa agenda no âmbito nacional. Dessa forma, a ICC Brasil reforça seu compromisso com a construção de um ambiente econômico competitivo e com mais sustentabilidade ambiental no Brasil.

Introdução

Há um reconhecimento crescente na comunidade empresarial, tanto global quanto brasileira, de que as mudanças climáticas representam uma crise existencial que merece enfrentamento imediato. Muitas empresas e empreendedores que atuam no Brasil estão se engajando cada vez mais na busca por soluções para essa urgência ambiental. Nesse cenário, a ação coletiva imediata, envolvendo empresas, autoridades públicas e sociedade civil, é imprescindível.

Do ponto de vista empresarial, a atuação individual no combate às mudanças climáticas pode estar sujeita a *first mover disadvantages*, como o aumento de custos e riscos sem recompensas imediatas. A cooperação entre empresas pode ser uma alternativa para superar essas barreiras. Além disso, a união de esforços, recursos e conhecimento de diferentes empresas pode impulsionar significativamente a criação de mecanismos e novos negócios capazes de acelerar o cumprimento de metas de sustentabilidade ambiental ambiciosas em curto espaço de tempo.

No entanto, cooperações entre empresas concorrentes podem gerar investigações e imposição de penalidades, com base na legislação de defesa da concorrência. Dada a insegurança jurídica, as empresas podem simplesmente desistir de participar desse tipo de iniciativa ou, até mesmo, reduzir as suas atividades no país (quando isso criar obstáculos para o atingimento de metas globais, por exemplo), para evitar eventuais investigações por práticas anticompetitivas.

Para não desencorajar cooperações desse tipo, é fundamental que autoridades da defesa da concorrência deem orientações claras e consistentes sobre quais cooperações são permitidas diante do arcabouço legal antitruste vigente. De fato, autoridades antitruste ao redor do mundo têm procurado desenvolver guias, orientações informais e até mecanismos específicos de autorizações para garantir que o *enforcement* antitruste não seja um obstáculo a iniciativas conjuntas para promoção da sustentabilidade ambiental que tenham pouco ou nenhum impacto concorrencial.¹

Em termos gerais, as diretrizes que estão sendo estudadas ou que já foram formalmente adotadas por autoridades antitruste estrangeiras buscam fornecer

clareza e segurança às empresas, ao esclarecer em quais situações uma dada colaboração entre concorrentes que vise objetivo relacionado à sustentabilidade ambiental.

Até o momento, não há orientações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), a autoridade de defesa da concorrência brasileira, sobre acordos que tenham por objetivo o atingimento de metas de sustentabilidade ambiental (aqui chamados “acordos de sustentabilidade ambiental”) especificamente. Ocorre que a omissão de autoridades antitruste nacionais a respeito do assunto é desencorajadora para as empresas que desejam desenvolver e participar de acordos para práticas que buscam promover a sustentabilidade ambiental, sejam elas em âmbito global ou local.

Nesse cenário de incerteza jurídica, há o risco de que as empresas abandonem iniciativas colaborativas que poderiam ser benéficas para consumidores e para a sociedade brasileira. Tal desincentivo não apenas impacta o direito coletivo e constitucional de proteção ao meio ambiente, mas também a competitividade das empresas que atuam no país, uma vez que o impacto ambiental do produto tem sido cada vez mais uma variável competitiva relevante para clientes no Brasil e no exterior.



¹As autoridades antitruste da Áustria, Grécia, Japão, Países Baixos, Reino Unido, Singapura, e União Europeia publicaram diretrizes (em alguns casos, em formato de minuta por enquanto) sobre acordos de sustentabilidade ambiental, que incluem tópicos como exemplos de acordos que não levantam preocupações concorrenciais, condições para que os benefícios ao meio ambiente sejam levados em conta pela autoridade antitruste, e procedimentos para consulta à autoridade por entes privados sobre a legalidade de cooperações específicas. Um resumo dessas diretrizes está disponível no reporte preparado pela Task Force global de Concorrência e Sustentabilidade da ICC, intitulado “Progress report on aligning competition policy with global sustainability goals” e publicado em 2023, disponível em: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/11/2023-ICC-Progress-report-on-aligning-competition-policy-with-global-sustainability-goals.pdf>.

Porém, o atual estágio de discussões sobre a interface entre defesa da concorrência e sustentabilidade ambiental em outras jurisdições, sobretudo na Europa, pode ser utilizado como referencial para que o Cade avance nessa direção. Esse referencial pode ser útil não apenas quanto aos critérios de análise dos acordos de sustentabilidade ambiental, mas também no que diz respeito à definição de melhores práticas para esse tipo de cooperação e à criação de procedimentos direcionados ao esclarecimento de dúvidas dos agentes econômicos sobre a legalidade de um acordo específico. De fato, tão importante quanto estabelecer diretrizes claras para que um acordo de sustentabilidade ambiental seja considerado compatível com a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (“Lei Brasileira de Defesa da Concorrência”) é definir canal de acesso para que entidades privadas possam buscar esclarecimentos da autoridade a respeito das características de tais colaborações.

Diante da real preocupação com os impactos das mudanças climáticas no Brasil e no mundo e da importância de se eliminar óbices desnecessários aos esforços coletivos de enfrentamento da crise ambiental, é fundamental a adoção e a divulgação, pelo Cade, de orientações claras para que empresas não sejam desencorajadas de celebrar acordos de sustentabilidade ambiental no Brasil.

Para colaborar com essa discussão, esse *Working Paper* pretende apresentar ao Cade e à comunidade antitruste nacional sugestões de orientações a serem levadas em consideração por empresas brasileiras interessadas em celebrar acordos de sustentabilidade ambiental. O *Working Paper* é dividido em três partes principais, além da introdução e conclusão. A primeira parte demonstra a viabilidade jurídica de uma análise de acordos de sustentabilidade ambiental pelo Cade que sopesse os benefícios ao meio ambiente a serem alcançados por tais acordos ainda que gerem eventuais restrições à concorrência, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil e da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. A segunda parte apresenta um panorama dos tópicos que devem ser abordados em diretrizes a respeito de acordos de sustentabilidade ambiental, com base em exemplos de autoridades concorrenciais de outras jurisdições, e traz uma proposta de critérios para identificação de acordos de sustentabilidade ambiental que não violam a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. A segunda parte também elenca exemplos de acordos de sustentabilidade ambiental hipotéticos que poderiam ser considerados compatíveis com a legislação e descreve outras parcerias que já foram devidamente aprovadas pelo Cade. A última parte aborda procedimentos que podem ser adotados pelo Cade para orientação aos administrados em caso de dúvidas sobre a legalidade de seus acordos de sustentabilidade ambiental, com referências a procedimentos já adotados anteriormente pelo próprio Cade e por autori-

dades de defesa da concorrência estrangeiras.

Esse *Working Paper* foi elaborado pelos membros da Liderança da Comissão de Concorrência da ICC Brasil – Paola Pugliese (Presidente), Tatiana Lins Cruz (Vice-Presidente) e Milena Mundim (Vice-Presidente) – e pelos Coordenadores da Task Force – Ana Carolina Folgosi Bittar e Marcio Soares, além dos seguintes profissionais que compuseram a *Task Force*: Amanda Athayde, Adriana Cardinali Straube, Alexandre Horn Pureza, Aurélio Marchini, Carlos Tobias, Caroline França, Giovana Porto, Leonardo Rocha e Silva, Maíra Schulz, Mariana Llamazalez Ou, Paula Baqueiro, Paulo Casagrande e Tatiane Zichi.

Desejamos uma boa e proveitosa leitura a todos!



1. Viabilidade jurídica de diretrizes para acordos de sustentabilidade ambiental no Brasil

O artigo 170 da Constituição Federal brasileira estabelece os princípios que devem pautar a ordem econômica nacional, dentre os quais estão a livre concorrência (inciso IV) e a proteção do meio ambiente (inciso VI).² A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência encontra-se ancorada sobre esses fundamentos constitucionais, de modo que a tutela da livre concorrência não pode ser feita em um vácuo, desprezando os demais princípios constitucionais relacionados à ordem econômica.

Refletindo a ideia de que a livre concorrência está interligada a outros princípios constitucionais que pautam a ordem econômica, o Artigo 88, §6º, da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, que trata da análise de atos de concentração, estabelece as condições excepcionais que autorizam a aprovação de 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. Tais atos de concentração podem ser aprovados quando (i) aumentarem a produtividade e competitividade, melhorarem a qualidade de bens ou serviços, ou propiciarem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico e econômico e (ii) repassarem aos consumidores parte relevante desses benefícios.

Esse dispositivo da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência é bastante semelhante ao Artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que permite a celebração de acordos entre concorrentes que restrinjam a concorrência desde que certos benefícios sejam alcançados e compartilhados com os consumidores. Mais especificamente, são autorizados acordos que “tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência” mas que “contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos consumidores se reserve uma parte equitativa dos benefícios

resultantes, e que: a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em questão.”³ O Artigo 101(3) tem sido utilizado como base legal para que autoridades concorrenciais da Áustria, Grécia, Países Baixos e da própria União Europeia estabeleçam diretrizes para a consideração de benefícios ao meio-ambiente nas análises de acordos de sustentabilidade por tais autoridades.

Embora o Artigo 88, §6º, da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência trate apenas da análise de atos de concentração, enquanto o Artigo 101(3) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia diz respeito a acordos entre empresas de forma mais ampla, o mesmo racional pode ser aplicado, por analogia, a outros tipos de acordos entre concorrentes que não sejam considerados atos de concentração (e.g., contratos associativos), dado que os impactos e considerações econômicos são os mesmos para atos de concentração e outras cooperações entre empresas de forma mais ampla.⁴

Esse arcabouço constitucional e legislativo autoriza ao Cade considerar, em suas análises e processos decisórios, os benefícios econômicos mais amplos decorrentes de acordos de sustentabilidade ambiental (incluindo benefícios ao meio ambiente) na etapa de sopesamento de eventuais efeitos restritivos da concorrência. Ou seja, a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, por si só, não apresenta um entrave a cooperações interempresariais que sejam fundamentais para a proteção do meio ambiente e combate aos efeitos da mudança climática. Pelo contrário, há amparo legislativo para que o Cade leve em consideração elementos relacionados ao meio-ambiente e à sustentabilidade ao ponderar as eficiências específicas de um determinado acordo de sustentabilidade ambiental.

² Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência; (...) VI - defesa do meio ambiente; (...).

³ Article 101. 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts. [...] 3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: any agreement or category of agreements between undertakings, any decision or category of decisions by associations of undertakings, any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

⁴ Para além disso, o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) autoriza a elaboração de decisões com base em analogia (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”), assim como o Artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9784/99), segundo o qual “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

2. Sugestões de diretrizes para serem adotadas pelo CADE

A ausência de clareza sobre os parâmetros para licitude de cooperações entre concorrentes para sustentabilidade ambiental pode desincentivar iniciativas legítimas e desejáveis nessa matéria. Portanto, a edição de um guia com orientações específicas e a criação de procedimentos de consulta adaptados a essa modalidade se mostram não só desejáveis, mas também fundamentais para encorajamento de acordos de sustentabilidade.

Com base na definição proposta no *Horizontal Guidelines* da Comissão Europeia,⁵ replicado pela autoridade concorrencial dos Países Baixos (*Autoriteit Consument & Markt* ou “ACM”),⁶ acordos de sustentabilidade ambiental possuem uma definição ampla, sendo quaisquer acordos que buscam um objetivo de sustentabilidade,⁷ independentemente da forma de cooperação. Nesse sentido, acordos de sustentabilidade ambiental só envolverão preocupações concorrenciais se implicarem efetivas restrições à concorrência, seja pela ilicitude por seu objeto, ou se dele resultarem efeitos negativos reais ou potenciais sobre a concorrência. Acordos restritivos à concorrência não serão permitidos apenas por possuírem um objeto relacionado ao aumento da sustentabilidade ambiental.

Em vista da legislação concorrencial brasileira, acordos de sustentabilidade ambiental só são de notificação obrigatória ao Cade caso se qualifiquem como um ato de concentração (consórcio, *joint venture*, contrato associativo) e as partes atendam aos demais critérios de notificação. Assim, atualmente, a análise prévia do Cade sobre licitude e efeitos no mercado com base em parâmetros da concorrência não abrange outras modalidades de acordos que possuem como objetivos o aumento da sustentabilidade ambiental.

No entanto, qualificado ou não como um ato de concentração, um acordo de sustentabilidade ambiental, especialmente se firmado entre concorrentes, pode ser ilícito e/ou gerar restrições à concorrência, razão pela qual seria de extrema importância que

o Cade estabelecesse diretrizes claras sobre quais acordos são ou não são permitidos em vista dos critérios de análise e permissibilidade adotados, além de ser necessário incluir exemplos claros de benefícios relevantes do ponto de vista da sustentabilidade ambiental e orientações específicas ao setor privado.

Acordos de sustentabilidade ambiental cujas características permitam concluir pelo baixo risco de preocupações concorrenciais devem ser sinalizados pela autoridade de forma transparente, conferindo segurança jurídica sem a necessidade de qualquer consulta específica sobre os contornos de acordos concretos, possibilitando que as empresas realizem uma análise preliminar autônoma e possam seguir com suas iniciativas nessa matéria independentemente de consultar a autoridade antitruste.

De acordo com a autoridade concorrencial do Reino Unido (*Competition and Markets Authority* ou “CMA”), exemplos de acordos que não levantam preocupações concorrenciais são: (i) acordos que não afetam os principais parâmetros da concorrência; (ii) aqueles cuja execução seja exigida por lei; (iii) os que viabilizam a centralização de informações (não concorrencialmente sensíveis) de fornecedores e clientes; (iv) arranjos para o estabelecimento de padrões industriais; (v) acordos para atingir metas de sustentabilidade ambiental que nenhuma das partes poderia fazer individualmente; (vi) eliminação gradual/ retirada de produtos ou processos que não são ambientalmente sustentáveis; e (vii) esforços gerais da indústria para combater as mudanças climáticas.⁸

Além disso, é importante estabelecer critérios determinados de legalidade para tipos de acordos específicos – o que não implica imunidade antitruste. Por exemplo, a ACM e Comissão Europeia⁹ estabeleceram *soft safe harbours* para Acordos de Padronização para Sustentabilidade (*Sustainability Standardisation Agreement*), caso se cumpram sete requisitos relacionados a: (i) transparência; (ii) participação não compulsória; (iii) possibilidade de adoção de padrões mais elevados de sustentabilidade; (iv) ausência de

⁵ *Horizontal Guidelines*, para. 521, p. 148. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-07/2023_revised_horizontal_guidelines_en.pdf.

⁶ *ACM's Oversight of Sustainability Agreements*, p. 5. Disponível em: <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf>.

⁷ A ACM e Comissão Europeia citam exemplos (não exaustivos) de benefícios relacionados à sustentabilidade a serem alcançados por acordos entre empresas: enfrentamento às mudanças climáticas através da redução das emissões de gases de efeito estufa, redução da poluição, limitação no uso de recursos naturais, garantia de direitos humanos, promoção de infraestrutura segura e inovação, redução do desperdício de alimentos, facilitação na transição para uma alimentação saudável, garantia do bem-estar animal, entre outros.

⁸ *CMA Draft Guidance on Sustainability Agreements*, p. 10. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/63fde435e90e0740de2669e7/Draft_Sustainability_Guidance_document_.pdf.

⁹ *Horizontal Guidelines*, parágrafo 549 e ss.. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-07/2023_revised_horizontal_guidelines_en.pdf.

troca de informações concorrencialmente sensíveis; (v) acesso não discriminatório; (vi) ausência de aumento de preço significativo (embora o guia não estabeleça o que seria um “aumento significativo”) ou diminuição da possibilidade de escolha dos consumidores; e (vii) sistemas de monitoramento. A não conformidade com esses critérios, no entanto, não implicará presunção de que o acordo é anticompetitivo, de forma que será necessária a realização de uma avaliação dos possíveis efeitos anticompetitivos do acordo em questão.

Recomendamos também que o guia contenha orientações adicionais sobre troca de informações sensíveis, incluindo: (i) o conceito de informações comercialmente sensíveis; (ii) os tipos de trocas de informações que podem constituir restrições à concorrência; (iii) os possíveis efeitos pró-competitivos de práticas de centralização de informações e dados; (iv) formas indiretas de troca de informações, incluindo acordos do tipo *hub-and-spoke*; e (v) medidas práticas que as empresas podem adotar para evitar infrações, como limitar o escopo da troca (em termos temporais, de agrupamento e precisão dos dados), utilizar *clean teams* e trustes independentes para intermediar a relação, entre outros.

Adicionalmente, é importante que o guia contenha critérios estabelecendo quais benefícios ao meio ambiente compensatórios e aferíveis por meio de parâmetros verificáveis podem ser levados em conta para que um acordo seja considerado lícito ainda que restrinja a concorrência parcialmente. A CMA,¹⁰ à semelhança de outras autoridades de defesa da concorrência que já publicaram guias sobre o tema, estabeleceu os seguintes critérios: (i) criação de benefícios para a produção, distribuição ou progresso técnico ou econômico; (ii) indispensabilidade do acordo para o atingimento de tais benefícios; (iii) recebimento de uma “parte justa” (*fair share*) dos benefícios por parte dos consumidores; e (iv) não-eliminação da concorrência.

2.1 Definição de critérios para identificação de acordos de sustentabilidade ambiental compatíveis com a legislação de defesa da concorrência

Considerando guias e orientações já apresentados

por outras autoridades globais de defesa da concorrência,¹¹ apresenta-se a seguir sugestão de critérios para identificação, pelo Cade, de acordos de sustentabilidade ambiental que podem ser considerados compatíveis com a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência.

2.1.1. Criação de benefícios pelo acordo de sustentabilidade ambiental

As partes de um acordo de sustentabilidade ambiental devem ser capazes de apresentar evidências concretas e estudos específicos de que o acordo gera benefícios (e.g., de produtividade, de qualidade, de eficiência, ou de desenvolvimento tecnológico ou econômico) relativos à preservação do meio ambiente, ao combate às mudanças climáticas, ao atingimento de metas de sustentabilidade ambiental, ou outros objetivos relacionados. Exemplos de benefícios desse tipo incluem medidas para mitigação de efeitos deletérios do processo produtivo ou de distribuição ao meio ambiente (e.g., redução das emissões de gases de efeito estufa), desenvolvimento conjunto de produtos com menor impacto ambiental, desenvolvimento de tecnologias mais limpas, entre outros.

Além disso, os benefícios precisam ser concretos e verificáveis. Isso implica que as partes devem ser capazes de detalhar claramente os benefícios esperados do acordo, como a cooperação atingirá tais benefícios, a probabilidade de sua materialização, e em que prazo (ainda que os benefícios não sejam alcançáveis no futuro próximo, dada que essa é uma característica comum de iniciativas relacionadas à sustentabilidade ambiental), sempre com respaldo de evidências sólidas.

2.1.2. Indispensabilidade do acordo de sustentabilidade ambiental para o atingimento dos benefícios ao meio ambiente almejados

As partes de um acordo de sustentabilidade ambiental devem ser capazes de demonstrar que o arranjo é necessário ou indispensável para alcançar os benefícios ao meio ambiente almejados. As razões para isso incluem, mas não se limitam a, motivos econômicos (e.g., redução de custos), falta de expertise, aumento de eficiência, ou mesmo atingimento de tais benefícios em prazo mais curto. Casos em que a necessidade do acordo é verificável incluem, por exemplo, cooperação que permite as empresas alcançar padrão de sustentabilidade ambiental bem superior ao previsto na legislação, de forma mais eficiente em termos de

¹⁰ CMA Draft Guidance on Sustainability Agreements, p. 18. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/63fde435e90e0740de2669e7/Draft_Sustainability_Guidance_document_.pdf.

¹¹ Vide nota de rodapé 1.

custo e tempo.

As partes devem demonstrar de forma clara as condições desfavoráveis ou proibitivas para alcançar o objeto do acordo de forma menos restritiva à concorrência. A ACM traz alguns exemplos de evidências que podem ser trazidas para demonstrar a necessidade do acordo, como documentos que atestem, por exemplo, situações em que o objetivo relacionado à sustentabilidade ambiental só seria atingido por uma empresa individualmente de maneira comprovadamente menos eficiente, devido à falta de expertise ou escala.¹²

2.1.3. Repasse aos consumidores de uma “parte justa” (*fair share*) dos benefícios

Para que um acordo entre concorrentes para alcançar objetivos relacionados à sustentabilidade ambiental seja considerado compatível com a legislação concorrencial é importante que uma parcela significativa dos benefícios resultantes do acordo seja repassada aos consumidores.

Em primeiro lugar, o conceito de “consumidores” para os fins de análise desse requisito deve englobar os consumidores dos produtos ou serviços afetados pelo acordo de sustentabilidade, sejam eles diretos ou indiretos (i.e., aqueles que adquirem produtos dos consumidores diretos). Isso significa que benefícios a empresas que atuam na cadeia produtiva são levados em consideração na análise, e não somente aqueles apreciáveis pelos consumidores finais.

Os benefícios apreciáveis de um acordo de sustentabilidade ambiental podem ser repassados aos consumidores não só por meio de produtos com qualidade maior ou com preço inferior, mas também pelo valor atribuído a produtos ou serviços mais sustentáveis ecologicamente.

Além disso, é possível que acordos de sustentabilidade ambiental gerem benefícios mais amplos à sociedade como um todo. A esse respeito, é notável a posição adotada pela CMA,¹³ cujo guia para análise de acordos de sustentabilidade ambiental estabelece que pode ser considerada a totalidade dos benefícios para toda a população do Reino Unido decorrentes do

acordo, em vez de limitar os benefícios considerados na análise antitruste àqueles que dizem respeito apenas aos consumidores diretos ou indiretos dos produtos ou serviços afetados pelo acordo.

Isso significa que, mesmo para os casos em que o acordo de sustentabilidade ambiental possa gerar alguma eventual consequência negativa para os consumidores diretos ou indiretos do produto (e.g., aumento de preços), a autoridade concorrencial pode levar em consideração os benefícios potenciais e relativos para a sociedade como um todo. Esse racional faz sentido dentro do campo da sustentabilidade, dado que, diante da urgência do combate às mudanças climáticas, todos se beneficiarão, direta ou indiretamente (incluindo consumidores atuais e futuros), de ganhos ambientais. Um foco exclusivo nos consumidores diretamente afetados por um produto na análise dos benefícios gerados por um acordo de sustentabilidade ambiental negligencia a natureza holística e interconectada desse tipo de iniciativa e corre o risco de subestimar seu impacto positivo mais amplo na sociedade e no meio ambiente.

2.1.4. Não-eliminação da concorrência

Por fim, os acordos de sustentabilidade ambiental não podem eliminar totalmente a concorrência em relação aos produtos e/ou serviços afetados. Esse requisito é cumprido quando o acordo permite que as empresas envolvidas compitam em relação a ao menos uma das principais variáveis concorrenciais, como preço ou qualidade. O requisito em análise também pode ser cumprido quando a concorrência é restringida apenas durante determinado período.

Desse modo, as partes do acordo devem estar aptas a demonstrar que o acordo de sustentabilidade ambiental não elimina totalmente a concorrência, por exemplo, reunindo informações sobre a manutenção de outras formas de concorrência entre os agentes, mesmo após a implementação do acordo de sustentabilidade ambiental. Também é necessário identificar a duração necessária para que tais acordos alcancem os objetivos visados, assim como o número de agentes participantes do mercado relevante de atuação dos signatários do acordo, para demonstrar a manutenção da rivalidade.

¹² A segunda minuta de guia para análise de acordos de sustentabilidade ambiental da Autoriteit Consument & Markt (*Guidelines: Sustainability agreements - Opportunities within competition law*), publicada em 26 de janeiro de 2021, está disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>.

¹³ O guia para análise de acordos de sustentabilidade ambiental da Competition and Markets Authority (*Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*), publicado em 12 de outubro de 2023, está disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b-244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf.

2.2. Exemplos de acordos de sustentabilidade ambiental entre concorrentes que não violam a legislação concorrencial

A fim de ilustrar os critérios acima, propõe-se que os seguintes exemplos de acordos de sustentabilidade ambiental sejam considerados como compatíveis com a legislação concorrencial brasileira, em razão das suas características.

2.2.1. Exemplo 1

Produtores de máquinas de lavar roupa, cujas participações de mercado correspondem a quase a totalidade do mercado brasileiro desse produto, realizam um acordo para parar de produzir modelos de máquinas antigos que, apesar de serem os mais baratos disponíveis no mercado, possuem eficiências hídrica e energética significativamente menores que os modelos mais novos.

Embora os preços dos modelos de máquinas de lavar roupa mais modernos sejam maiores, após a aquisição dos produtos, os consumidores acabam se beneficiando financeiramente da eficiência das máquinas, uma vez que economizam em relação aos seus gastos com água e energia elétrica. Estudos demonstram que, no período de um a dois anos, o consumidor padrão deve recuperar a diferença entre o valor de uma máquina mais moderna e eficiente e o valor de uma máquina mais antiga e menos eficiente em função das economias com água e energia elétrica.

Além disso, a substituição por máquinas que consomem menos água e energia elétrica gera evidentes benefícios coletivos relacionados à redução da poluição hídrica e da poluição resultante da geração de energia elétrica.

O acordo foi celebrado após campanhas de *marketing* realizadas para reduzir a demanda por modelos de máquinas de lavar antigos e menos eficientes não terem obtido sucesso na mudança do padrão de compra dos consumidores. O fracasso das campanhas se deu em razão da dificuldade que os consumidores tinham de sopesar o preço mais alto de modelos mais eficientes e as futuras reduções nas contas de água e energia elétrica resultantes da aquisição desses modelos.

Apesar de reduzir a variedade e impactar o preço dos produtos disponíveis no mercado, o acordo é compa-

tível com a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, uma vez que (i) o acordo gera benefícios individuais e coletivos relacionados à redução do consumo de água e energia elétrica; (ii) esses benefícios não poderiam ter sido alcançados de outro modo, uma vez que campanhas de *marketing* não foram suficientes para eliminar os modelos de máquinas de lavar roupa que demandavam mais água e energia elétrica; (iii) os consumidores diretos de máquinas de lavar roupa recebem uma parcela significativa dos benefícios gerados pelo acordo; e (iv) a competição não é eliminada, uma vez que os signatários do acordo continuarão competindo com base em parâmetros como preço ou qualidade.

2.2.2. Exemplo 2

Produtores de bens intermediários realizaram um acordo para que os seus processos produtivos alcancem a neutralidade de carbono nos próximos cinco anos. Para cumprir com essa meta, os produtores, após consultas com associações de empresas que compraram seus produtos, desenvolveram padrões vinculantes a serem observados pelos signatários do acordo durante o processo produtivo.

A transição para um processo produtivo carbono neutro deve gerar um aumento do preço dos bens intermediários de 7% nos próximos dez anos. Esse aumento de preço desincentiva as empresas a realizarem essa transição antes de seus concorrentes, tendo em vista o receio de a empresa não conseguir manter um preço competitivo.

Estudos revelam que considerando os benefícios ao meio ambiente resultantes do acordo, calculados multiplicando a redução da emissão de CO₂ que será alcançada pelo preço por unidade adicional de emissão de CO₂, superam o aumento de preço esperado. Apesar de apenas 30% dos brasileiros serem consumidores dos produtos finais fabricados com esses bens intermediários, uma abordagem mais inclusiva quanto à admissibilidade de benefícios gerados permite a consideração que da totalidade dos benefícios produzidos à sociedade como um todo.

Apesar de resultar em um aumento de preço, o acordo é compatível com a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, uma vez que (i) o acordo gera benefícios coletivos relacionados à redução da emissão de CO₂; (ii) esses benefícios não poderiam ter sido alcançados de outro modo, uma vez que não há incentivos para que uma empresa faça a transição para um processo produtivo menos poluente sozinha; (iii) todos os brasileiros recebem uma parcela significativa dos benefícios gerados pelo acordo; e (iv) a concorrência não é eliminada, uma vez que os signatários do acordo con-

tinuarão competindo com base em parâmetros como preço ou qualidade.

2.2.3. Exemplo 3

Três empresas de coleta de resíduos fazem um acordo para definir, de forma coordenada, o recolhimento dos resíduos das indústrias de uma determinada zona urbana. As empresas conjuntamente possuem uma participação de mercado superior a 30%. Uma estimativa inicial sugere que a colaboração conduzirá a uma redução de 20% dos quilômetros percorridos pelos veículos devido à otimização das rotas. A troca de informações entre as empresas será limitada às informações operacionais necessárias para a referida otimização das rotas para a coleta mais eficiente.

A execução conjunta da coleta de resíduos poderá restringir a concorrência entre as empresas de coleta envolvidas na coleta de resíduos na zona urbana objeto do acordo. No entanto, o acordo não viola a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência uma vez que (i) produz benefícios demonstráveis consistentes na redução de custos de operação e redução das emissões de poluentes, além da redução no congestionamento do tráfego; (ii) os benefícios são repassados para os residentes da zona urbana em questão sob a forma de bairros mais limpos, além da maior segurança do tráfego; (iii) o acordo é indispensável para alcançar os objetivos visados, uma vez que a otimização das rotas requer a colaboração das empresas; (iv) tendo em conta a participação de mercado combinada limitada, é plausível que continuará a existir uma concorrência suficiente no mercado, sendo que a pressão exercida pelos concorrentes não signatários assegurará que os consumidores obtenham também uma parte equitativa dos benefícios da redução de custos. Para além disso, as empresas continuarão a concorrer em outras zonas urbanas, uma vez que o acordo se limita a uma área específica em que são localizadas as indústrias.

2.3. Exemplos de acordos entre concorrentes relacionados a sustentabilidade ambiental que já foram aprovados pelo Cade

A fim de demonstrar que a análise de acordos entre concorrentes envolvendo sustentabilidade ambiental

não é uma novidade para a autoridade concorrencial brasileira, apresentam-se a seguir exemplos de acordos já analisados e aprovados pelo Cade.

A partir da edição da política nacional de resíduos sólidos, instituída pela Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010 (“Política Nacional de Resíduos Sólidos”), o Cade aprovou a constituição de uma série de entidades com o propósito específico de dar cumprimento às regras de gerenciamento de resíduos e, notadamente, de logística reversa, instituídas pela lei.

Em 2012, o Cade aprovou a constituição de uma associação civil sem fins lucrativos com o propósito específico de dar cumprimento às regras de gerenciamento de resíduos sólidos previstas na Política Nacional de Resíduos Sólidos, sob o entendimento de que (i) o estatuto não criava óbices à criação de outras associações, (ii) a filiação de novos associados não poderia ser negada, cumpridos os requisitos previstos no estatuto e (iii) o estatuto não impunha exclusividade aos agentes atuantes no processo de reciclagem. O Cade também registrou que a despeito de o estatuto proibir associados de estabelecerem sistemas próprios de gestão de resíduos, o argumento não seria suficiente para obstar a constituição da associação, pois “a atuação individualizada dos associados poderia pôr em risco o sucesso do empreendimento (...)”¹⁴

Em 2014, e seguindo racional similar, o Cade aprovou a constituição de instituto que tinha por escopo congregar fabricantes e importadoras de óleo lubrificante que promovem e executam, voluntariamente, no território nacional, ações voltadas à gestão de resíduos sólidos, decorrentes de embalagens plásticas de óleos lubrificantes, e implementam ações de logística reversa, bem como outras ações de proteção ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável (Instituto Jogue Limpo).¹⁵ Na oportunidade, o Cade indicou algumas condições necessárias para a aprovação da operação, presentes nos atos constitutivos do instituto, como (i) a não participação de pessoas pertencentes ou que estejam vinculadas às áreas comerciais, vendas, compras e marketing das atividades fins dos associados nas instâncias de gestão; (ii) a proibição aos empregados do instituto de trocar informações de conteúdo comercial; e (iii) o livre acesso do Cade às dependências do instituto para inspeção, em horário comercial, de suas atividades e, especialmente, para participação em quaisquer reuniões associativas.

O Cade analisou, também, a constituição de outras entidades voltadas à execução de políticas e ações

¹⁴ Ato de Concentração nº 08012.007477/2011-50 (Requerentes: Electrolux do Brasil S.A., Esmaltec S.A., Mabe Brasil Eletrodomésticos Ltda., Panasonic Do Brasil Ltda., Philips Do Brasil Ltda., Grupo Seb do Brasil - Produtos Domésticos Ltda., Springer Carrier Ltda., Tec Toy S.A. e Whirlpool S.A.), aprovado sem restrições em 08 de fevereiro de 2012.

¹⁵ Ato de Concentração nº 08700.005278/2014-00 (Requerentes: Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes; Petronas Lubrificantes Brasil S/A, Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., Shell Brasil Petróleo Ltda., Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A., Castrol Brasil Ltda., Total Lubrificantes do Brasil Ltda., YPF Brasil Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., Petrobras Distribuidora S.A. e Chevron Brasil Lubrificantes Ltda.), aprovado sem restrições em 18 de setembro de 2014.

de gerenciamento de resíduos, notadamente de logística reversa.¹⁶ O Cade seguiu o racional das aprovações anteriores, fundamentando as aprovações nos argumentos de que (i) as associadas permaneceriam independentes em suas áreas de atuação, (ii) o objeto da operação não se confundiria com as atividades-fim das empresas, e (iii) a criação das novas associações poderia gerar repercussões positivas, aumentando a demanda no mercado de logística reversa.

Em 2018, ao novamente analisar o pedido de aprovação de constituição de associação, o Cade entendeu que não seria de notificação obrigatória para análise prévia a ampliação do escopo das atividades desenvolvidas pelo Instituto Jogue Limpo, que passou a atuar também na gestão da logística reversa dos próprios óleos lubrificantes.¹⁷ Em razão dos termos da Resolução Cade nº 17, de 18 de outubro de 2016, o Cade decidiu pelo não-conhecimento da operação, pois as empresas associadas, inclusive as concorrentes diretas, não compartilham riscos e resultados, apesar de organizarem fatores de produção na busca de um

objetivo comum (“implementação de ações de logística reversa, bem como outras ações de proteção ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável”).

Mais recentemente, em 2023, o Cade analisou e aprovou sem restrições a criação de uma *joint venture* entre multinacionais do setor agrícola para a criação de uma plataforma de soluções tecnológicas para estruturação e padronização de dados na cadeia de suprimentos de alimentação e agricultura.¹⁸ Embora a decisão do Tribunal do Cade nesse caso tenha sido baseada nas salvaguardas tradicionais exigidas pelo Cade para mitigar os riscos associados ao compartilhamento de informações sensíveis entre concorrentes (e.g. uso de *firewalls*, medidas de governança), sem uma discussão específica sobre os benefícios ao meio ambiente gerados pela *joint venture*, o caso é um indicativo da tendência de aumento de interesse em cooperações relacionadas ao atingimento de metas de sustentabilidade ambiental, sinalizando a importância de o Cade dar orientações para empresas buscando celebrar acordos dessa natureza.



¹⁶ Ato de Concentração nº 08700.009764/2015-70 (Requerentes: Alumbra Produtos Elétricos e Eletrônicos Ltda.; LPS Distribuidora de Materiais Elétricos Ltda.; Braft do Brasil Importação e Exportação Ltda.; Brasilux Indústria Comércio Importação Exportação Ltda.; Bronzearte Indústria e Comércio Ltda.; DMP Equipamentos Ltda.; Multi Mercantes Ltda.; Elgin S.A.; Eletro Terrível Ltda.; R&D Comércio, Importação, Exportação e Indústria de Materiais Elétricos S.A.; Paulista Business Comércio, Importação e Exportação de Produtos Elétricos Ltda.; Foxlux Ltda.; Organização Rede Elétrica Itaúna Ltda.; Lorenzetti S/A Indústrias Brasileiras Eletrometalúrgicas; Marschall Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda.; GE Iluminação do Brasil Comércio de Lâmpadas Ltda.; Osram do Brasil Lâmpadas Elétricas Ltda.; Philips do Brasil Ltda.; Havells Sylvania Brasil Iluminação Ltda.), aprovado sem restrições em 20 de agosto de 2015.

¹⁷ Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36 (Requerentes: Instituto Jogue Limpo; Castrol Brasil Ltda.; Chevron Brasil Lubrificantes S.A.; Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A.; Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.; Petrobrás Distribuidora S.A.; Petronas Lubrificantes Brasil S.A.; Shell Brasil Petróleo Ltda.; Total Lubrificantes do Brasil Ltda.; YPF Brasil Comércio de Derivados de Petróleo Ltda.; CR Dealer do Brasil Ltda.; Elvin Lubrificantes Indústria e Comércio Ltda.; Idemitsu Lube South America Ltda.; Incol-lub Indústria e Comércio Ltda.; Ingrax – Indústria de Comércio de Graxas S.A.; JX Nippon Oil & Energy do Brasil Comércio de Lubrificantes Ltda.; Lucheti Lubrificantes Ltda.; Packblend Indústria e Comércio de Lubrificantes Ltda.; Pax Lubrificantes Ltda.; PDV Brasil Combustíveis e Lubrificantes Ltda.; Promax Produtos Máximos S.A. Indústria e Comércio; Repsol Lubrificantes e Especialidades Brasil Ltda.; Texsa do Brasil Ltda.; Ultrax do Brasil Indústria Química Ltda.; Valvoline do Brasil Lubrificantes Ltda.; e Lubri Motor's Ind. e Com. Imp. Exp. Ltda.), não conhecido em 22 de março de 2018.

¹⁸ Ato de concentração nº 08700.009905/2022-83 (Requerentes: SustainIt Pte Ltd., Cargill, Incorporated, Louis Dreyfus Company Participations B.V., ADM International Sarl)

3. Procedimentos para orientação a administrados

3.1. Referências de procedimentos de consulta adotados por autoridades estrangeiras

O uso do *soft law*, a partir da divulgação de guias e diretrizes, é fundamental para o aumento da segurança jurídica e da previsibilidade. Essa medida já tem sido adotado em outras jurisdições, no que diz respeito à análise antitruste de acordos de sustentabilidade ambiental, de forma a garantir que a legislação de defesa da concorrência não seja percebida como obstáculo para a colaboração empresarial visando ao enfrentamento da crise climática.¹⁹

De fato, um guia representa uma medida de custo relativamente baixo frente ao seu alcance e efeitos positivos para a orientação geral sobre os principais parâmetros que devem ser observados pelas empresas em seus esforços coletivos de mitigação das mudanças climáticas, sanando dúvidas sem que seja necessário o despendimento de maiores esforços e recursos. No entanto, guias e diretrizes gerais não são capazes de serem exaustivos e preverem todas as possíveis situações que podem gerar questionamentos. Com isso em mente, autoridades concorrenciais estrangeiras que publicaram guias sobre acordos de sustentabilidade ambiental também adotaram políticas de “portas-abertas” e canais de consultas para permitir que a iniciativa privada enderece incertezas e questionamentos específicos sobre suas propostas de colaboração.

A Comissão Europeia, por exemplo, indica, em seu guia sobre colaborações horizontais,²⁰ que, para além das diretrizes constantes no tópico de *sustai-*

nability agreements, questões sobre acordos de sustentabilidade ambiental que não restem esclarecidas podem ser endereçadas por meio de consulta informal.²¹ Esse procedimento permite que a Comissão Europeia se manifeste no âmbito de consultas informais sobre a interpretação dos Artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, inclusive no que se refere à interpretação decorrente da pauta de sustentabilidade ambiental.

A emissão de uma orientação informal pela Comissão Europeia é baseada em dois elementos cumulativos: (i) a presença de questões jurídicas novas ou não esclarecidas, que carecem de orientação e (ii) a existência de um interesse por parte da Comissão Europeia em fornecer essa orientação, considerando fatores como a importância econômica das partes envolvidas, os objetivos relacionados às prioridades da Comissão e seus impactos.

Verifica-se, assim, que a Comissão Europeia conta com discricionariedade para a definição de quais tópicos serão objeto de consulta informal, filtrando temáticas que não contam com pertinência e resguardando o procedimento para assuntos alinhados com as prioridades vigentes, tal como a pauta de sustentabilidade. Procedimentos de consulta informal também foram estabelecidos pela ACM²² e pela CMA.²³

Sugere-se que esse seja um caminho a ser adotado pelo Cade para a implementação de procedimentos de consulta sobre acordos de sustentabilidade ambiental, de modo a viabilizar que, definidas as respectivas prioridades e pautas, a iniciativa privada possa buscar consultar o Cade de forma mais flexível do que no atual procedimento de consulta, regulamentado pela Resolução Cade nº 12/2015.²⁴

¹⁹ Vide nota de rodapé 1.

²⁰ *Horizontal Guidelines*, para. 521, p. 146. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-07/2023_revised_horizontal_guidelines_en.pdf.

²¹ A consulta informal à Comissão Europeia é disciplinada na *Commission Notice on informal guidance relating to novel or unresolved questions concerning Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union that arise in individual cases (guidance letters) 2022/C 381/07*, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.381.01.0009.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2022%3A381%3ATOC.

²² “Undertakings that are unsure about how to conduct their self-assessment, about the reliability of their assessment, or about the question whether ACM would investigate their agreement with a view to paragraph 3 of this document can contact ACM about this. Preferably at an early stage, provided the initiative is sufficiently concrete. ACM will indicate what possibilities it sees and identify any anticompetitive risks. In that process, ACM will make an initial assessment of the sustainability agreement and help find solutions for any bottlenecks” (*ACM’s Oversight of Sustainability Agreements*, p. 7. Disponível em: <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf>).

²³ “Therefore, the CMA is operating an open-door policy whereby businesses considering entering into an environmental sustainability agreement can approach the CMA for informal guidance on their proposed agreement if there is uncertainty on the application of this Guidance. This could be because businesses have questions or concerns that are not covered by this Guidance or in order to seek clarity or comfort on how this Guidance will be applied in the particular circumstances” (*Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter 1 prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, p. 41. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf).

²⁴ Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%2012.pdf>.

Importante frisar que a CMA aceita, para além das empresas diretamente envolvidas na colaboração, a participação de órgãos representativos, como associações comerciais ou organizações não-governamentais, desde que as partes diretas envolvidas no acordo estejam comprometidas em apoiar o processo, fornecendo informações adicionais quando necessário.²⁵ Assim, tem-se uma forma de facilitar o procedimento de consulta informal, permitindo que os esforços possam ser centralizados numa associação representativa, especialmente nos casos em que um número relevante de agentes tenha interesse.

Por fim, vale destacar as consequências dos procedimentos de consulta informal para as empresas, aspecto relevante para incentivar que possam, de boa-fé, e caso necessário, buscar orientação junto à autoridade sem que isso implique a imposição automática de penalidades por eventuais irregularidades. Nesse particular, a ACM esclarece que a consulta informal não consiste em uma decisão final e definitiva, porém determina que, em princípio, as empresas que buscam orientação e agem de boa-fé ao segui-la não serão sujeitas a multas mesmo se, posteriormente, seus acordos de sustentabilidade ambiental se mostrarem incompatíveis com a legislação concorrencial, desde que concordem em ajustar seus acordos para passarem a cumprir a tal legislação.²⁶ A CMA adota postura semelhante no âmbito de sua *open-door policy*.²⁷

Assim, propõe-se que, além de publicar diretrizes a respeito da análise concorrencial de acordos de sustentabilidade ambiental, o Cade desenvolva um canal de consultas e portas abertas que viabilize a aproximação de empresas interessadas em garantir que suas iniciativas estão em conformidade com a legislação concorrencial, permitindo também que determinados aspectos das propostas de colaboração sejam ajustados antes de qualquer possível abertura de investigação.

3.2. Proposta de mecanismos de consulta para orientação dos administrados sobre acordos de sustentabilidade ambiental

Como discutido acima, a ausência de clareza sobre

os parâmetros para licitude de cooperações entre concorrentes para sustentabilidade ambiental pode desincentivar iniciativas legítimas e desejáveis nessa matéria. Portanto, a edição de um guia com orientações específicas e a criação de procedimentos de consulta adaptados a essa modalidade se mostram não só desejáveis, mas também fundamentais para encorajamento de acordos de sustentabilidade ambiental.

No entanto, mesmo que o guia proposto e demais orientações do Cade sejam objetivos e transparentes, ainda existirá espaço para questionamentos dos particulares, que se beneficiariam de um mecanismo de interlocução com a autoridade. Nesse caso, o mecanismo de orientação deverá ser um procedimento de consulta específico (distinto do modelo de consulta restritivo que existe atualmente) e voluntário, caso empresas tenham dúvidas acerca da implementação de arranjos de cooperação com objetivos relacionados à sustentabilidade ambiental não enquadrados como atos de concentração. Preferencialmente, o acordo deverá estar em estágio inicial, desde que a iniciativa esteja suficientemente concreta.

O atual mecanismo de consulta do Cade, instituído pela Resolução nº 12/2015, é restritivo em seu escopo, com hipóteses de indeferimento genéricas, gerando obstáculos para que consultas versando sobre acordos de sustentabilidade sejam conhecidas, justamente por tratar de um assunto embrionário e sujeito a refinamento dos parâmetros de concorrência e sustentabilidade a serem verificados. Assim, seria oportuno e conveniente que o mecanismo de consulta proposto seja independente, específico e detalhado para comportar os diferentes arranjos de acordos de sustentabilidade.

Os mecanismos de orientação estabelecidos pela ACM e pela CMA indicam parâmetros gerais da consulta voluntária que podem ser adotados pelo Cade: (i) conjunto de informações a serem submetidas pelas empresas deve ser reduzido (semelhante ao mecanismo de consulta tradicional) e conter análise autônoma sobre a natureza sustentável da iniciativa, com referência aos parâmetros de análise estabelecidos no guia e na legislação; (ii) as empresas devem indicar os benefícios ao meio ambiente gerados pelo acordo e a forma de repasse aos consumidores; (iii) o tempo de resposta da autoridade deve ser célere, ainda que varie conforme a complexidade da iniciativa; (iv) a resposta da autoridade deve ser simples e objetiva, confirmando ou não a legalidade do acordo

²⁵ *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, p. 41. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf.

²⁶ *ACM's Oversight of Sustainability Agreements*, p. 9. Disponível em: <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf>.

²⁷ A CMA estabelece que, caso no futuro se torne necessário uma análise mais aprofundada de um acordo, não aplicará multas às partes que implementaram o acordo, desde que essas partes não tenham ocultado informações relevantes que teriam impacto significativo em sua avaliação inicial. (*Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, p. 45. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf).

ou indicando que não será conduzida nenhuma investigação adicional; (v) as orientações informais devem ser publicadas, respeitando a confidencialidade das informações das partes e do acordo; e (vi) a decisão deve ter caráter vinculante, garantindo maior segurança jurídica na implementação de políticas sustentáveis.

Aliado ao procedimento de consulta, é possível também estabelecer uma política de portas abertas, como faz a CMA, em que a autoridade oferece orientações informais sobre iniciativas propostas de sustentabilidade ambiental, sem que tais informações confidenciais sejam utilizadas em desfavor das empresas.

Iniciativa semelhante às descritas acima já foi adotada pelo Cade no passado. O procedimento de petição admitido pelo Cade durante o período de

pandemia de Covid-19, para facilitar a compreensão dos administrados sobre legalidade de arranjos cooperativos para enfrentamento dos efeitos daquela crise, foi muito importante para que os administrados entendessem o caminho para a obtenção de um pronunciamento escrito da Superintendência-Geral do Cade e do Tribunal do Cade sobre a conformidade de estratégias que envolvam a colaboração entre empresas, em situações específicas e concretas, com a legislação concorrencial.

Propõe-se, assim, que o Cade utilize da sua experiência nesse mecanismo para criar um procedimento similar para prestar esclarecimentos relacionados a acordos de sustentabilidade ambiental. Uma política de portas abertas é igualmente importante, pois ajuda a garantir que as cooperações sendo vislumbradas pela iniciativa privada não violam a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência.

4. Conclusão

Diante da urgência climática em que vivemos, esse documento buscou apresentar sugestões de medidas a serem adotadas pelo Cade para garantir que a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência não represente, inadvertidamente, um obstáculo a medidas necessárias e importantes para o combate das mudanças climáticas que envolvam colaborações entre empresas.

Assim, o objetivo deste documento é reforçar a importância vital de estabelecer diretrizes claras para permitir a implementação de acordos de sustentabilidade ambiental no Brasil, especialmente em um cenário econômico e geopolítico onde grandes empresas brasileiras estão sob crescente escrutínio por parte de clientes e parceiros internacionais em relação às práticas ambientalmente sustentáveis.

Como demonstrado acima, o arcabouço legal brasileiro oferece suporte sólido para a atuação do Cade de maneira a garantir que a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência não desincentive acordos de sustentabilidade ambiental. Além disso, o documento

apresenta propostas específicas, como critérios claros para identificar acordos de sustentabilidade ambiental compatíveis com a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, exemplos hipotéticos e práticos baseados em precedentes do Cade, e sugestões para criação de mecanismos de consultas e portas abertas, que são não só factíveis como necessárias e urgentes.

O papel do Cade nesse contexto é crucial, pois sua liderança pode desempenhar um papel catalisador fundamental ao gerar segurança jurídica e ao evitar que sua atuação seja percebida como obstáculo a práticas sustentáveis, promovendo não apenas a conformidade legal, mas também o respeito ao meio ambiente e aos direitos sociais.

A *Task Force* de Concorrência e Sustentabilidade da ICC Brasil reitera seu comprometimento em apoiar o Cade nesse tipo de iniciativa, vital para garantir prosperidade econômica ecologicamente sustentável para as gerações futuras.



