



.....

ESG E A TAREFA NADA SIMPLES DA ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS “*SUSTAINABILITY AGREEMENTS*”

.....

ESG AND THE “FAR FROM SIMPLE” TASK OF SUSTAINABILITY AGREEMENTS COMPETITIVE ANALYSIS

Juliana Oliveira Domingues¹

Fernanda Lopes Martins²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Cade: o Direito da Concorrência e o seu escopo; 2. *Green Deals*: como são vistos os acordos sustentáveis?; 2.1 Europa; 2.2 Brasil; 3. Conclusão; Referências bibliográficas.

1 - Professora Doutora de Direito Econômico na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Procuradora-chefe do Cade. Ex-secretária nacional do consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020/2022). Ex-presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (2020/2022) e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP). E-mail: juliana.domingues@Cade.gov.br.

2 - Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Consultora não governamental na International Competition Network (2023). Advogada e professora. E-mail: fernanda.martins@Cade.gov.br.



RESUMO: Os anos de pandemia impulsionaram reflexões sobre a sustentabilidade, as quais já vinham ganhando espaço, principalmente, desde o início do século. A partir da análise do cenário europeu, especialmente após a publicação do *European Green Deal*, o presente trabalho busca, pela metodologia exploratória e comparativa, avaliar os avanços do antitruste brasileiro na análise dos chamados “acordos de sustentabilidade” (*sustainability agreements*), firmados entre agentes de mercado para atingir as metas da agenda ESG. Não raro, esses acordos são pactuados entre concorrentes e, por isso, despontam preocupações antitruste. Nesse cenário, os casos brasileiros – em especial a *joint venture* aprovada em 2023 pelo Tribunal do Cade – demonstraram que a autoridade brasileira lida na prática com os desafios dos acordos de sustentabilidade para que não culminem em significativas restrições à concorrência ou em ilícitos antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste. Acordos de sustentabilidade. ESG. Pacto Ecológico Europeu. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

ABSTRACT: *The pandemic years boosted reflections on sustainability, which had already been gaining ground, especially since the beginning of the century. Based on the analysis of the European scenario, mainly after the publication of the European Green Deal, this paper seeks, through exploratory and comparative methodology, to evaluate the advances of Brazilian antitrust in the analysis of the so-called “sustainability agreements”, signed between market players to achieve the goals of the ESG agenda. These agreements are often signed between competitors, which is why antitrust concerns arise. In this scenario, Brazilian cases – especially the joint venture approved in 2023 by the Cade’s Court – demonstrated that the Brazilian authority deals in practice with the challenges of sustainability agreements so that they do not result in significant restrictions on competition or antitrust violations.*

KEYWORDS: *Antitrust. Sustainability agreements. ESG. European Green Deal. Administrative Council for Economic Defense.*

INTRODUÇÃO

Os desafios da atualidade nos levam a refletir sobre o (recente) passado, em face de tantos enfrentamentos novos, especialmente durante o difícil período da pandemia. A situação vivenciada nos instiga a repensar e ponderar sobre o que esperamos e desejamos para o futuro.

Não é recente a preocupação com as mudanças ambientais, impactos climáticos e sociais. Assim, importante explicar que, no ano de 2004, foi institucionalizada a sigla ESG (*Environmental, Social and Governance*), na publicação do Pacto Global da ONU em conjunto com o Banco Mundial³. Tal documento – endossado por 20 (vinte) instituições financeiras de 9 (nove) países diferentes, inclusive do Brasil – foi precursor dos direcionamentos acerca da agenda ESG (SÁ E SILVA, 2022). No país, o termo foi traduzido para “Ambiental, Social e Governança”, mas ficou muito mais conhecido por meio da sigla ESG.

Os temas ambientais ganharam mais espaço para conscientização há alguns anos. Em 2006, por exemplo, foi divulgada uma pesquisa que apontava que o brasileiro havia aumentado em 30% a sua conscientização em relação ao meio ambiente entre os anos de 1990 e 2005⁴.

Com a virada do milênio, o maior acesso à informação, e as mudanças nos comportamentos dos consumidores e das empresas, a preocupação com temas ambientais cresceu, rapidamente, despertando inquietação. Desse modo, houve um movimento no sentido de provocar os agentes econômicos a promover a interligação entre governança, meio ambiente e temas sociais. Como efeito, o mercado tem se encaminhado para a adaptação e absorção das pautas de sustentabilidade. Essa mesma dinâmica pode ser observada também nas políticas públicas e nos recentes debates levados ao poder legislativo.

Nesse contexto, alguns países passaram a colocar essa pauta em uma agenda de prioridades. De acordo com o Relatório Gerenciamento de Riscos Globais (Gris), de 2020, os investimentos sustentáveis globais alcançaram xa marca de US\$ 35,3 trilhões nos cinco mercados principais analisados – Austrália, Canadá, Europa, EUA e Japão⁵. Entretanto, neste artigo, não faremos uma análise desses investimentos, tampouco, pretendemos destrinchar se de fato os referidos acordos cumpriram com as metas de sustentabilidade. No presente artigo, buscamos destacar a importância da agenda ESG e o papel do Direito Concorrencial (Antitruste), diante do crescimento dos chamados “*Green Deals*”, ou seja, “acordos verdes” ou sustentáveis.

A relevância da referida análise fica demonstrada em virtude de a agenda ESG ter se intensificado no pós-pandemia, especialmente, para atender demandas e um novo perfil de consumidor mais comprometido com a sustentabilidade. O consumo consciente ganhou força, indicando uma predileção pelas escolhas que impactam positivamente o ambiente e a sociedade. Conforme explica Cardinalli Straube (2022, p. 369), o “envolvimento com trabalho escravo, desmatamentos, queimadas, falta de iniciativas para a comunidade e ausência de mensagens inclusivas podem gerar a desistência gradual pelo consumo do produto e da marca correspondente”.

3 - A publicação intitulada *Who cares wins: connecting financial market to a changing world*. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/444801491483640669/pdf/113850-BRI-IFC-Breif-whocares-PUBLIC.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023.

4 - BRASIL (2006). Pesquisa do Ministério do Meio Ambiente (MMA), em parceria com o Instituto de Estudos da Religião (Iser) e WWF Brasil.

5 - THE GLOBAL RISKS REPORT 2020. 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

Ressalta-se que quando nos referimos a essa consciência do consumidor, partimos de indivíduos inseridos no mercado e que têm a oportunidade de fazer escolhas. Nesse contexto, se é certo que a sociedade está comprometida a adotar uma postura ativa perante os princípios da ESG, aos agentes econômicos cabe aumentar uma agenda voltada às questões sociais e ambientais. Contudo, o empenho genuíno significa, precipuamente, afastar-se de discursos vazios e do *marketing* enganoso (CARDINALI STRAUBE, 2022, p. 362).

É nessa busca por efeitos ambientais e sociais positivos que os agentes de mercado ampliam as discussões sobre a convergência entre sustentabilidade e concorrência, notadamente, porque a sustentabilidade se configura como um elemento relevante de competição dentro de um determinado mercado. Nesse sentido, analisaremos o papel do Cade diante da agenda de sustentabilidade e dos desenhos de acordos apresentados como “*Green Deals*” notificáveis à autarquia.

1. CADE: O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O SEU ESCOPO

Historicamente, na visão da Escola Econômica Neoclássica, que tem sido a mais amplamente seguida pelas agências reguladoras da área concorrencial no mundo, o objetivo da defesa da concorrência é o bem-estar do consumidor⁶. O entendimento adotado – ainda que não na sua inteireza – pelo sistema jurídico concorrencial brasileiro também está disposto no artigo 170 da Constituição Federal, que coloca a defesa do consumidor como princípio e fundamento da ordem econômica ladeado com a proteção da concorrência e de outros valores⁷. A finalidade da tutela antitruste (também chamada de concorrencial) não é tão somente o bem-estar do consumidor, mas promover a eficiência econômica que, ao final, resultará em melhores preços e ofertas aos consumidores.

Em outras palavras, para o ordenamento brasileiro, a defesa do consumidor se relaciona aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, de forma que “o bem-estar do consumidor, posto como um dos fins da tutela antitruste repousaria no binômio da eficiência econômica e da liberdade de escolha pelo consumidor” (GABAN, DOMINGUES, 2016, p. 58).

Dentro desse contexto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é a autarquia responsável pela proteção à concorrência, tendo como um de seus fins, portanto, a proteção ao bem-estar do consumidor a partir da proteção à concorrência nos mercados.

Conseqüentemente, sabendo-se que a o Direito Antitruste deve ser observador do comportamento e das mudanças no mercado de consumo, bem como do próprio mercado e do comportamento dos seus agentes, os temas abordados pela ESG (sustentabilidade ambiental, social e governança) podem se tornar, então, objeto da competência do Cade.

6 - Segundo a Escola Econômica Neoclássica, “As leis antitruste, como elas se encontram agora, possuem apenas um objetivo legítimo e esse objetivo pode ser concluído sob qualquer teoria econômica (i) O único objetivo legítimo das leis antitruste norte-americanas é a maximização do bem-estar do consumidor; portanto (ii) “Concorrência” para os propósitos de análise antitruste, deve ser entendida como um termo que signifique o estado das coisas em que o bem-estar do consumidor não possa ser elevado por determinação judicial”. Cf. GABAN, DOMINGUES, 2016, p. 58. A publicação intitulada *Who cares wins: connecting financial market to a changing world*. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/444801491483640669/pdf/113850-BRI-IFC-Breif-whocares-PUBLIC.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023.

7 - “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”.

A vinculação da agenda ESG ao bem-estar do consumidor e à manutenção da livre concorrência e da eficiência econômica está sempre à frente nas análises antitruste, de modo a ensejar que a autoridade desloque seu olhar para as questões atinentes à essa pauta, quando das suas análises técnicas, especialmente, como se verá adiante, no caso de cooperações empresariais que envolvam objetivos sustentáveis.

A busca do consumidor por opções mais sustentáveis, em termos ambientais e sociais, afeta a estratégia empresarial, o seu funcionamento e seus investimentos; conseqüentemente, a proteção ao bem-estar do consumidor é impactada. Nesse contexto, os agentes econômicos se esforçam para aderir à agenda ESG, implementando diferentes tecnologias, sistemas, que sejam coerentes com a pauta de sustentabilidade (e.g. sistemas de logística reversa e implementação de tecnologias para redução de emissões de poluentes).

A necessidade de cooperação entre agentes econômicos, cuja convergência pode atingir até mesmo níveis globais, resulta em desenhos diversos de “acordos” entre concorrentes ou aqueles que tenham relação dentro de uma mesma cadeia produtiva (insumo). Nessa confluência de metas, desponham desafios significativos para o Direito da Concorrência, uma vez que demandam um olhar realista e profundo do escopo e do nível de trocas de informações entre os agentes econômicos nessas colaborações.

Diante desse cenário, o tema requer uma investigação aprofundada, na medida em que os agentes de um mesmo mercado podem colaborar em prol de um mesmo objetivo sustentável, porém, tais colaborações não podem impactar/reduzir a concorrência no mercado e o desincentivar as inovações tecnológicas (DOMINGUES, MARTINS, 2023).

2. GREEN DEALS: COMO SÃO VISTOS OS ACORDOS SUSTENTÁVEIS?

2.1. Europa

No cenário europeu, a preocupação com a defesa da concorrência⁸⁻⁹, diante dessa busca por maior sustentabilidade, desaguou na aprovação do Pacto Ecológico Europeu – *European Green Deal* – que propõe um conjunto de medidas para transformar a União Europeia (EU) em uma economia moderna, eficiente em recursos e competitiva¹⁰. Um de seus objetivos

8 - Várias jurisdições europeias, nominalmente, os Países Baixos, a Grécia, a Alemanha e o Reino Unido, se esforçaram para aperfeiçoar os seus guias para Acordos Horizontais diante desse aumento da interconectividade entre sustentabilidade e antitruste. Cf. FERNANDES, Victor Oliveira. Brazil 's Cade Demonstrates How Antitrust Authorities Can Pursue Sustainability Goals. **Promarket**. 02 ago. 2023. Disponível em: <https://www.promarket.org/2023/08/02/brazils-Cade-demonstrates-how-antitrust-authorities-can-pursue-sustainability-goals/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

9 - Em 2020, a autoridade de defesa da concorrência holandesa (ACM) publicou o guia “*Sustainability agreements: opportunities within competition law*”, com o objetivo de direcionar as atividades sustentáveis das empresas. Segundo o qual, “muitos dos acordos para sustentabilidade não serão, de início, anticompetitivos, de forma que não é necessária uma análise dos impactos concorrenciais, pois não há restrição da concorrência” Cf. RANGEL, Aline Roberta Veloso. Aspectos concorrenciais da cooperação entre empresas para objetivos ambientalmente sustentáveis: convergências e divergências entre teoria e prática. In: ATHAYDE, Amanda; SEGALOVICH, Daniel; ANDRADE, Gabriel. **Comércio internacional e concorrência: desafios e perspectivas atuais**. Vol. IV. Disponível em: https://www.amandaathayde.com.br/_files/ugd/62c611_fdcbeef7132b4e2491dda423bf36816b.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

10 - “Climate change and environmental degradation are an existential threat to Europe and the world. To overcome these challenges, the European Green Deal will transform the EU into a modern, resource-efficient and competitive economy [...]” Cf. EUROPEAN COMMISSION. **The European Green Deal**. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en. Acesso em: 19 nov. 2023.

é fazer da Europa o primeiro continente climaticamente neutro até 2050 e reduzir pelo menos 55% das emissões líquidas de gases de efeito estufa até 2030 (em comparação com os níveis dos anos de 1990).

Nesse contexto, em junho de 2023, foi lançado o documento intitulado “Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, que conta com uma seção específica (seção 9) sobre Acordos de Sustentabilidade. Esses, como a Comissão Europeia bem explica no referido guia, nada mais são do que “acordos entre concorrentes que perseguem objetivos de sustentabilidade”, e complementa, “independentemente da forma da cooperação”. Ora, evidentemente, tais resoluções são fruto da adoção de uma agenda voltada ao cumprimento dos princípios da ESG.

Esse tipo de acordo somente suscitará preocupações concorrenciais – nos termos do art. 101º do TFUE¹¹ – em dois cenários: (1) se implicar restrição à concorrência por objetivo ou (2) conduzir a efeitos negativos significativos, reais ou prováveis, sobre a concorrência¹². Em outras palavras, só se enquadram na proibição prevista nesse artigo os acordos que afetam os parâmetros da concorrência, como preço, quantidade, qualidade, escolha ou inovação; por exemplo, aqueles que visam ao cumprimento de requisitos precisos em tratados internacionais juridicamente vinculativos, ou ainda, os que não se relacionam à atividade econômica das empresas, mas à sua conduta empresarial interna.

Ainda, segundo o guia, também não infringem o TFUE os “acordos de normalização para a sustentabilidade”, chamados de “normas de sustentabilidade”, os quais são utilizados para fornecer orientações, regras ou características “para os produtos e processos relacionados com esses parâmetros de sustentabilidade”. Por essa razão, eles “são utilizados para especificar os requisitos que os produtores, os transformadores, os fabricantes, os distribuidores, os retalhistas ou os prestadores de serviços” devem cumprir em relação aos parâmetros de sustentabilidade.

Esses acordos raramente implica algum efeito negativo à concorrência e, por isso, são presumidamente lícitos quando cumprem estas condições: (1) transparência na elaboração; (2) a norma não deve ser imposta às empresas que não desejam dela participar; (3) não deve existir troca de informações sensíveis do ponto de vista comercial; o resultado do processo de fixação das normas deve ser efetivo, e não discriminatório; (4) não deve conduzir a um aumento significativo do preço/redução significativa dos produtos; (5) e a quota de mercado das empresas participantes não pode exceder 20% em qualquer nicho relevante afetado pela norma. Atingidas essas condições, as normas de sustentabilidade são presumidamente lícitas, e não infringem as diretrizes de defesa da concorrência.

Contudo, existem acordos de sustentabilidade que, sem dúvidas, geram restrições à concorrência, mas ainda assim, eles não são, segundo as orientações da Comissão Europeia, tidos

11 - Que tem a seguinte redação: “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [...]”

12 - No entanto, há exceções: embora se restrinja à concorrência – na acepção do 101º, 1.º –, se o acordo preencher os requisitos previstos no nº 3 do art. 101º do TFUE, ele não será proibido: “3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

como proibidos. Ou seja, não se trata de um ilícito *per se*¹³, visto que eles podem se beneficiar da exceção contida no art. 101º n. 3 do TFUE, que prevê quatro requisitos que tornam lícito o acordo nas circunstâncias de restrição: (1) a demonstração de ganhos de eficiência¹⁴, (2) seu caráter indispensável¹⁵; (3) sua repercussão nos consumidores¹⁶; e (4) a não eliminação da concorrência¹⁷.

Em suma, embora muitas autoridades ainda entendam pela não abrangência de uma defesa da concorrência capaz de atingir temas relativos à sustentabilidade, as orientações sobre a aplicação do TFUE aos acordos de cooperação horizontal demonstram que o Direito da Concorrência e a ESG, inevitavelmente, se esbarram e geram preocupações jurídicas que merecem ser delineadas, tal como foi feito pela Comissão Europeia.

2.2. Brasil

No cenário legislativo brasileiro, a própria Constituição Federal, especificamente em seu artigo 170, traz a previsão de um desenvolvimento econômico apoiado na livre iniciativa, na valorização do trabalho humano e em outros princípios, como a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades sociais, a defesa do meio ambiente e do consumidor.

Essa integração deixa claro que o meio ambiente e a realidade social devem sempre caminhar ao lado do desenvolvimento econômico. Para Crivelari (2018, p. 220), “a questão ambiental está cravada no coração das normas constitucionais que fundamentam o antitruste”. A previsão constitucional não nega, ao contrário, confirma, que o Direito Antitruste brasileiro está interligado aos elementos de defesa do meio ambiente, da igualdade social e do bem-estar do consumidor, o que leva ao raciocínio de inclusão da ESG no escopo antitruste, embora esse seu papel não seja unanimemente defendido pelos estudiosos.

A temática atinente à ESG, portanto, impacta a análise tradicional do antitruste e, principalmente, desafia suas regras ao demandar, muitas vezes, cooperação entre os agentes econômicos para que se adequem a uma agenda sustentável. A cooperação e os acordos horizontais entre

13 - “O termo “per se” foi cunhado no caso *United States v. Socony-Vacuum Oil*, em 1940, quando houve condenação pela Corte da prática de fixação horizontal de preços [...]. Por esse standard analítico, a conduta é ilícita independentemente do contexto em que foi praticada, sendo desnecessária a análise de estrutura de mercado e de poder econômico do agente; há, portanto, uma economia processual, decorrente da dispensabilidade de comprovação do poder de mercado e dos efeitos líquidos da prática, bem como pela severa limitação das hipóteses de defesa”. Cf. AZEVEDO, Paula. **Ilícito por Objeto na Jurisprudência do Cade**. O caso das tabelas de preço. Disponível em: <https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2023.

14 - O primeiro requisito pode ser preenchido, por exemplo, se o acordo de sustentabilidade gerar a melhoria na distribuição ou utilizar-se de tecnologias de distribuição menos poluentes. Mas é claro que esses ganhos devem ser comprovados, e não presumidos.

15 - Quanto ao segundo requisito – caráter indispensável –, para preenchê-lo, devem as partes do acordo demonstrar que, sem esse, não há como alcançar determinado benefício de sustentabilidade; ou seja, deve-se comprovar que não há outro meio economicamente viável e menos restritivo à concorrência para se chegar a esses benefícios.

16 - Já a terceira condição significa que os consumidores devem receber uma parte dos alegados benefícios de sustentabilidade. Nesse cenário, embora haja prejuízo à concorrência, esse é insignificante, se comparado aos potenciais benefícios aos consumidores do mercado relevante em questão.

17 - Por fim, mas não menos importante, o quarto requisito prevê que para ser considerado lícito, mesmo em casos em que há restrição à concorrência, o acordo não deve implicar a eliminação dessa. O próprio guia exemplifica: “se o acordo eliminar a concorrência em termos de qualidade ou variedade, mas o preço for também um parâmetro importante da concorrência no setor em causa, e os preços não forem restringidos” a condição pode ser preenchida.

concorrentes levanta, como demonstrado, questões concorrenciais cruciais, como a definição dos ganhos de eficiência que eles produzem e os benefícios aos consumidores, o que inevitavelmente irá variar de acordo com a dinâmica do próprio mercado em questão e das inovações tecnológicas que o permeiam. Inovação e tecnologia sustentável devem andar de mãos dadas com a avaliação antitruste quanto à legalidade desses acordos de sustentabilidade.

Como a própria Comissão Europeia sustenta em seu guia, conforme comentamos na seção anterior, os acordos de sustentabilidade têm características relativamente distintas quanto às suas fusões e aquisições – são motivados por uma crise, marcados pela transitoriedade e mantêm a independência das empresas participantes¹⁸ – mas, ainda assim, podem ser ilícitos caso gerem redução (injustificável) à concorrência de determinado mercado ou produza sobre ela efeitos negativos.

No caso brasileiro, já são identificados acordos de sustentabilidade firmados entre concorrentes. Um grande exemplo disso é a criação do Instituto Jogue Limpo, uma associação formada por diferentes empresas fabricantes e importadoras de óleos lubrificantes responsável por realizar a logística reversa das embalagens plásticas de óleo usadas. Em 2014, o Cade analisou a criação da entidade, aprovando-a com ressalvas, pois não foram identificados prejuízos à concorrência.

Nesse caso, a autoridade antitruste brasileira exigiu determinadas condições dos participantes da entidade, como: i) a proibição de os empregados trocarem informações sensíveis comercial ou concorrenciais; ii) a proibição de participação nas instâncias de gestão do instituto de pessoas pertencentes ou vinculadas às áreas comercial, vendas, compras e *marketing* da atividade-fim dos associados; e iii) o livre acesso do Cade às dependências do instituto para inspeção.

Anos depois, em 2018, o mesmo instituto pleiteou junto ao Cade a aprovação de um contrato associativo, com o objetivo de ampliar o escopo das atividades da entidade para atuar também na logística reversa de óleo lubrificante usado ou contaminado – OLUC. Na ocasião, a operação submetida à autoridade sequer foi conhecida, uma vez que inexistia a obrigação de notificação obrigatória ao Conselho, em razão da ausência do compartilhamento de riscos e de resultados entre as partes (não preenchendo o previsto pela Resolução 17/2016, artigo 2, inciso I do Cade¹⁹):

[...] a partir da redação do caput do art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade, que serão considerados associativos aqueles contratos que, de alguma forma, permitam seus signatários organizarem fatores de produção na busca de um objetivo comum. Tal fato é observado na presente Operação, tendo em vista que os Demais Requerentes utilizarão o Instituto Jogue Limpo para fazer a gestão da logística reversa dos óleos lubrificantes produzidos e/ou importados pelos mesmos, a qual é uma obrigação legal de tais agentes. **No entanto, o art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade ainda estabelece outros dois requisitos que devem ser preenchidos, cumulativamente, para que um contrato**

18 - Segundo Adriana Cadinalli Straube (2022, p. 377): “Os acordos de colaboração, via de regra, possuem as seguintes características: (i) motivação pela crise, (ii) transitoriedade; (iii) manutenção da independência e rivalidade das empresas participantes; (iv) direcionamento pela lógica empresarial e por regras de mercado; (v) não exclusivos e (vi) geração de ganhos de eficiência”.

19 - “Art. 2º. Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato”.

associativo seja de notificação obrigatória a esta SG/Cade. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o requisito do inciso II do artigo 2º da Resolução nº 17/2016/Cade é preenchido pelos Demais Requerentes, tendo em vista que todos atuam como produtores e/ou importadores de óleos lubrificantes e, portanto, concorrem diretamente entre si em relação a tais produtos. Contudo, **inexiste compartilhamento de riscos e resultados entre os Requerentes, o que não preenche, portanto, o requisito estabelecido pelo inciso I do art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade. Esse fato pode ser simplesmente demonstrado a partir da própria natureza jurídica do Instituto, de uma associação sem fins lucrativos.**

Outro grande exemplo – talvez o mais relevante – foi a aprovação, em 2023, pelo Tribunal do Cade, de uma *joint venture* que tinha como objetivo criar uma plataforma para medir a sustentabilidade no setor²⁰. À época do pedido, as empresas envolvidas – Cargill, Louis Dreyfus, ADM International e Sustainlt – propunham desenvolver e operar uma plataforma para padronizar a medição da sustentabilidade na Cadeia de suprimentos agrícolas e alimentícios, de modo que cada uma das requerentes deteria 25% de participação na JV.

Segundo as requerentes, as principais atividades da plataforma consistiriam “na padronização dessas medições de sustentabilidade e na divulgação, agregamento e comparação de desempenhos de sustentabilidade em diferentes áreas”, de modo a não criar novas metodologias ou métricas, apenas padronizar os indicadores existentes. O caso já havia sido aprovado pela Superintendência-Geral do Cade em março de 2023, mas, por destaque do Conselheiro Victor Oliveira Fernandes, chegou ao Tribunal da autarquia. A operação foi aprovada nos termos do então conselheiro-relator, Sérgio Costa Ravagnani, sem restrições.

Na ocasião do julgamento da operação pelo Tribunal, o conselheiro-relator identificou preocupações antitruste no que diz respeito à troca de informações sensíveis entre as integrantes da JV, isto é, de uso indevido de informações concorrencialmente sensíveis²¹, mas entendeu que “os compromissos e garantias assumidos pelas requerentes por meio de instrumentos contratuais e do Protocolo Antitruste” foram suficientes para mitigar essas preocupações. Em seu voto, ele afirmou, ainda, que a disponibilização das informações relacionadas à sustentabilidade na Cadeia de produção já é uma exigência (consumerista) enfrentada globalmente pelos produtores e empresas.

É importante mencionar que o Cade, por meio do conselheiro-relator, deixou evidente que o tema já tem sido destacado na Europa, o que resultou na menção expressa de que “o comprometimento com objetivos sustentáveis não constitui uma isenção concorrencial para o cometimento de ilícitos competitivos”. Ou seja, fundamentado na experiência europeia já mencionada (Guia da União Europeia), ele concluiu que a utilização da plataforma não oferecia

20 - BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.009905/2022-83. Julg. em 28 jun. 2023, trans. em julg. em 04 jul. 2023. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Ehbk5UOJvmyesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFcQgh2sNeQmP3YVWj3nP7cPBCmwJdqjij4WIEUHmtNr_. Acesso em: 30 nov. 2023. Acesso em: 02 dez. 2023.

21 - BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.009905/2022-83. Voto Relator - Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2YsB7Bjs80h1lSkjh7ohC8yMfhLoDBLddZZ7O7nzV-WnEoz8Zqgy2OT_g4c-FPmok6W2lVeoHfEloG_Uj1jkbzzMaYLHlvJT TZxtZO1GTKeB2B4hDiEYH3. Acesso em: 02 dez. 2023.

riscos “[...]” para alterar a dinâmica do mercado, a partir do desvio de ofertas ou demandas de produtos a agentes comerciais específicos, notadamente em benefício dos grupos econômicos das Requerentes”.

Inclusive, o conselheiro-relator destacou que, para casos futuros,

[...] que envolvam preocupações similares quanto ao risco de troca de informações sensíveis entre concorrentes, entendo que as partes interessadas devem empreender seus melhores esforços para apresentar ao Cade as versões mais definitivas e completas possíveis dos compromissos que pretendam assumir para mitigar tais preocupações. A formalização desses compromissos específicos em instrumentos adequados e não somente por meio de esclarecimentos em petições nos autos é relevante para conferir segurança e confiabilidade aos compromissos assumidos pelas partes.

Sem dúvida, nessa decisão, ele partiu do olhar da comunidade global em relação à análise antitruste para pensar o tema no contexto brasileiro. No mundo todo o direito antitruste²² tem sido objeto de discussão, e o Brasil é um importante ator nesse cenário global.

Os debates sobre os fundamentos e objetivos do antitruste buscam frequentemente chamar a atenção para esses temas tidos como “novos”; ademais, essas discussões têm sido muito importantes em fóruns internacionais (como OCDE e UNCATD), nos quais o eventual movimento de ampliação de competências é o foco de preocupação de algumas jurisdições, notadamente, aquelas cujas estruturas sempre tiveram critérios bem definidos de análise.

As perspectivas apresentadas nesse cenário possuem suas distinções e suas semelhanças. Desse modo, a conversa sobre o escopo do antitruste, especialmente no que diz respeito à sustentabilidade e à concorrência, atrai olhares do mundo todo. Esse é, sem dúvidas, um dos *hot topics* do Direito da Concorrência.

Para Fernandes (2023), há uma “bifurcação” entre os estudiosos que discutem o escopo do antitruste. Por um lado, alguns defendem a necessidade de centralizar a sustentabilidade na doutrina antitruste; enquanto outros alertam sobre os impactos adversos da agenda antitruste “verde”, uma vez que essa poderia ensejar um “disfarce” para ilícitos antitruste.

Por um lado, confinar a análise da eficiência às estritas fronteiras da microeconomia neoclássica parece mal equipado para abranger plenamente esses benefícios em sua amplitude social. Por outro lado, desafios significativos de mensurabilidade surgem para enquadrar e quantificar as eficiências sociais, dinâmicas e “fora do mercado”.

Mas, talvez, ainda que em meio às incertezas doutrinárias, uma afirmação possa ser feita: algumas formas de cooperação entre concorrentes podem produzir efeitos positivos no âmbito da inovação sustentável, sem comprometer a concorrência. Nesse âmbito, é importante que as partes envolvidas estejam alertas para os riscos concorrenciais de suas colaborações para que, eventualmente, possam levar seus pleitos às autoridades de defesa da concorrência (DOMINGUES, MARTINS, 2023).

22 - BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.009905/2022-83. Voto Vogal - Presidente Alexandre Cordeiro Macedo. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddaoNc4CW6a-AYZPgAOnPUOv9Awqw0M4AY8RX4KDrYt1xJtK3EQqpg3o1I3kwdrfH0Wc6XXQ85NB8jxdngrGw-K. Acesso em: 02 dez. 2023.

Inclusive, o relatório da *International Competition Network* (ICN) produzido em 2021, que contou com a resposta de 52 autoridades antitruste e de 41 consultores não governamentais, demonstra certa inclinação a esse consenso: a grande maioria dos respondentes acreditam que a defesa da concorrência tem um papel na concretização dos objetivos de sustentabilidade, ainda que de forma limitada (RANGEL, 2022, p. 380).

Ademais, para evitar qualquer possibilidade de eventual conduta anticompetitiva, é fundamental intensificar o cuidado por parte de todos os agentes envolvidos. Isso é crucial, especialmente, quando da troca de informações por meio dos acordos de cooperação.

O exercício da cautela nesse contexto é de vital importância para o cumprimento da legislação antitruste e para evitar a prática de infrações à ordem econômica. O caso recente da *joint venture*, acima mencionado²³, analisado pelo Cade, demonstra justamente isto: o protocolo antitruste foi capaz de salvaguardar a troca de informações acerca dos riscos antitruste; desse modo, “uma vez mitigado os potenciais efeitos anticoncorrenciais, um discurso extenso sobre a avaliação de eficiência tornou-se desnecessário”²⁴.

3. CONCLUSÃO

O crescimento exponencial de uma sociedade preocupada com o consumo consciente impôs a necessidade – a nível global – de que os agentes econômicos trilhassem novos caminhos para se adequarem aos objetivos da agenda ESG. Dessa exigência” de adequação desponta a urgência das companhias firmarem acordos, cooperarem entre si ou se associarem em prol de cumprir os objetivos de sustentabilidade. Essa convergência, conseqüentemente, demanda preocupações antitruste.

É nesse cenário que se vislumbram os desafios do Direito da Concorrência, notadamente no que tange à análise da legalidade de acordos de sustentabilidade. A adequação à Lei 12.524/2011 é a moldura, embora não se possa deixar de considerar os benefícios sustentáveis ao consumidor e a geração de inovação tecnológica que podem advir de tais acordos/cooperações entre agentes econômicos, ainda que concorrentes em um mesmo mercado.

Em um primeiro momento, pode parecer “simples” a tarefa de distinguir os acordos ilícitos dos lícitos firmados entre concorrentes (DOMINGUES, MARTINS, 2023). No entanto, a preocupação da Comissão Europeia, que culminou na elaboração do *European Green Deal*, bem como a inserção de uma seção completa para tratar sobre esses acordos nas “Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, dão sinais de que o tema não é nada fácil.

No Brasil, os casos que já foram alvo da análise pelo Cade, em especial a *joint venture* analisada em 2023, evidenciam a exigência de uma autoridade antitruste que considere os diferentes aspectos e elementos dos *green deals*, bem como a dinamicidade e as inovações do mercado. Nesse cenário, como demonstrado, há pelo menos duas distintas perspectivas defendidas pelos

23 - BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.009905/2022-83.

24 - Tradução livre de “Once the potential for anticompetitive effects was mitigated, an extensive discourse on efficiency assessment became unnecessary.” Cf. FERNANDES, Victor Oliveira, *op. cit.*, 2023.

acadêmicos do antitruste, a saber: (1) é preciso que o antitruste se adapte para cumprir seu papel de convergir a ESG e a defesa da concorrência; (2) abraçar a agenda ESG ampliará o escopo antitruste para além do previsto pela lei e para além da análise das eficiências, tornando árdua a missão da autarquia.

A autoridade antitruste nacional (i.e. Cade) tem estado atenta, agido com cautela diante da análise de acordos de sustentabilidade e, conseqüentemente, avançado nas abordagens sobre o tema. Garantir que esses acordos não desaguem em prejuízos concorrenciais é o escopo principal do Direito da Concorrência. Uma vez afastados os efeitos anticoncorrenciais (reais e potenciais), tais acordos trazem uma perspectiva de resultados positivos de sustentabilidade.

Não há qualquer incompatibilidade entre o olhar da concorrenciais e a pauta ESG. Desse modo, às autoridades antitruste cabe defender o ambiente competitivo, promovendo espaços para que as iniciativas sustentáveis não impliquem trocas de informações sensíveis entre concorrentes.

O presente e o futuro estarão cada vez mais conectados por uma transdisciplinaridade dentro da tendência de compatibilizar o bem-estar do consumidor, a concorrência e a agenda ESG.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paula. **Ilícito por Objeto na Jurisprudência do CADE**. O caso das tabelas de preço. Disponível em: <https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2023.

AZEVEDO, Paula; BAQUEIRO, Paula. **A Jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços**: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.). **Mulheres no Antitruste**. Vol. I. São Paulo: Editora Singular, 2018.

BRASIL. CARDINALI STRAUBE, Adriana Laporta. ESG e Impacto nas Relações de Consumo: uma abordagem da perspectiva de defesa da concorrência. In: NASCIMENTO, Juliana Oliveira. **ESG: o Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder**: A tríade regenerativa do futuro global. Thomson Reuters. São Paulo: 2022.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36**. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcfMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdNTWGGd-KAWIkrLMnlO-zNsR3tIgz2EuIhwtWyUUJIB.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração 08700.009905/2022-83**. Julg. em 28 jun. 2023, trans. em julg. em 04 jul. 2023. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9EhbK5UOJvzmzyesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFcQgh2sNeQmP3YWVj3nP7cPBCmwJdqppj4WIEUHmtNr_. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cade aprova joint venture para desenvolvimento de software de medição de sustentabilidade.** Disponível em: <https://www.gov.br/Cade/pt-br/assuntos/noticias/Cade-aprova-joint-venture-para-desenvolvimento-de-software-de-medicao-de-sustentabilidade>. Acesso em: 30 nov. 2023.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; MARTINS, Fernanda Lopes. ESG: cuidados concorrenciais diante de “green deals”. **Valor Econômico.** Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/esg-cuidados-concorrenciais-diante-de-green-deals.ghtml>. Acesso em: 29 nov. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **The European Green Deal.** Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en. Acesso em: 19 nov. 2023.

FERNANDES, Victor Oliveira. Brazil ‘s CADE Demonstrates How Antitrust Authorities Can Pursue Sustainability Goals. **Promarket.** 02 ago. 2023. Disponível em: <https://www.promarket.org/2023/08/02/brazils-Cade-demonstrates-how-antitrust-authorities-can-pursue-sustainability-goals/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. The Global Risks Report 2020. Genebra: WEF, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVON, Beatriz. Cade aprova joint venture para plataforma de sustentabilidade de commodities agrícolas. **Valor Econômico.** 21 jun. 2023. Disponível em:

<https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2023/06/21/Cade-aprova-joint-venture-para-plataforma-de-sustentabilidade-de-commodities-agricolas.ghtml>. Acesso em: 30 nov. 2023.

RANGEL, Aline Roberta Veloso. Aspectos concorrenciais da cooperação entre empresas para objetivos ambientalmente sustentáveis: convergências e divergências entre teoria e prática. *In:* ATHAYDE, Amanda; SEGALOVICH, Daniel; ANDRADE, Gabriel. **Comércio internacional e concorrência: desafios e perspectivas atuais.** Vol. IV. Disponível em: https://www.amandaathayde.com.br/_files/ugd/62c611_fdcbecf7132b4e2491dda423bf36816b.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

SAESILVA, Larissa. **Adoção de práticas de ESG por empresas brasileiras de capital aberto.** Universidade Federal de Uberlândia. 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/34625/1/Ado%C3%A7%C3%A3oPr%C3%A1ticasESG.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License