



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

BEATRIZ DOS SANTOS MESQUITA CURVELLO

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA, SUSTENTABILIDADE E ACORDOS DE
COOPERAÇÃO HORIZONTAL**

Brasília – DF
2023

BEATRIZ DOS SANTOS MESQUITA CURVELLO

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA, SUSTENTABILIDADE E ACORDOS DE
COOPERAÇÃO HORIZONTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Ana Frazão

Brasília – DF
2023

FOLHA DE APROVAÇÃO

BEATRIZ DOS SANTOS MESQUITA CURVELLO

DIREITO DA CONCORRÊNCIA, SUSTENTABILIDADE E ACORDOS DE COOPERAÇÃO HORIZONTAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília, 05 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Ana Frazão (Orientadora)
Doutora pela Universidade de Brasília – UnB

Monica Tiemy Fujimoto (Avaliadora)
Mestre pela Universidade de Brasília – UnB

Luiz Guilherme Ros (Avaliador)
Mestre pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus pais e ao meu irmão. Sem o apoio incondicional de vocês, eu jamais teria chegado aqui.

Aos meus amigos eu agradeço pelas horas de estudo conjuntas, pelos momentos de descontração e pelo suporte ao longo desses anos. A graduação pode ser uma jornada solitária, vocês garantiram que esse não fosse o caso.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito e seus docentes por todos os ensinamentos prestados. Em especial, à professora Ana Frazão, por me guiar ao longo da produção deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo averiguar a possibilidade de compatibilização entre a defesa da concorrência e a proteção do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro. Em especial, no âmbito dos acordos de cooperação horizontais não estruturais e sua análise antitruste. Para tanto, serão apreciadas as práticas atuais do CADE, bem como as propostas e os guias editados por diferentes autoridades europeias com vistas a direcionar os agentes econômicos sobre os acordos colaborativos em prol da sustentabilidade. Nesse cenário, concluiu-se que os benefícios ambientais só farão parte da análise antitruste brasileira quando esta se reaproximar dos ditames constitucionais. Somando a isso, inferiu-se que a ausência de orientações do CADE sobre os acordos de colaboração entre concorrentes os coloca em uma posição complexa e de baixos incentivos para sua celebração.

Palavras-chave: Acordos de Cooperação Horizontal; Acordos de Sustentabilidade; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Concorrência; Meio Ambiente.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the compatibility between competition policy and environmental protection. In particular, within the scope of the horizontal cooperation agreements and their antitrust analysis. Therefore, it'll examine the current practices of CADE, as well as the proposals and guidelines issued by European authorities with the aim of directing companies about collaborative agreements in favor of sustainability objectives. In this context, it is concluded that the environmental benefits will only be part of the Brazilian antitrust analysis when it comes closer with the constitutional commandments. This work also concludes that the absence of guidance about cooperation agreements between competitors puts them in a complex position where there's low incentives for their celebration.

Keywords: Horizontal Cooperation Agreements; Sustainability Agreements; Administrative Council of Economic Defense; Competition; Environment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACM	<i>Authority for Consumers and Markets</i>
AFCA	<i>Austrian Federal Competition Authority</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
CMA	<i>Competition and Markets Authority</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
LDC	Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMM	Organização Meteorológica Mundial
ONU	Organização das Nações Unidas
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – ACORDOS DE COOPERAÇÃO: A DICOTOMIA ENTRE O CONTROLE DE ESTRUTURAS E CONDUTAS	12
1.1. ACORDOS DE COOPERAÇÃO ESTRUTURAIS E NÃO ESTRUTURAIS.....	13
1.1.1. Formas Estruturais de Cooperação.....	15
1.1.1.1. Contratos Associativos	15
1.1.2. Formas não estruturais de cooperação.....	17
1.1.2.1. A necessidade de um tratamento diferenciado na análise à luz da Lei nº 12.529/2011	18
CAPÍTULO 2 – OS ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE E OS NOVOS DESAFIOS IMPOSTOS A ANÁLISE ANTITRUSTE	23
2.1. OS ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE.....	23
2.2. A COMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A SUSTENTABILIDADE	27
2.2.1. Acordos de sustentabilidade que não restringem à concorrência	27
2.3. DESAFIOS A ANÁLISE CONCORRENCIAL.....	30
2.3.1. Os efeitos no mercado	30
2.3.2. O repasse de benefícios ao consumidor.....	32
2.3.3. A temporalidade dos efeitos.....	36
CAPÍTULO 3 – ADEQUAÇÃO DO CADE AOS ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE	38
3.1. A BASE CONSTITUCIONAL PARA A RELAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E SUSTENTABILIDADE	38
3.2. OS EXEMPLOS INTERNACIONAIS SOBRE O TEMA	40
3.3. A CONCILIAÇÃO ENTRE A PRÁTICA ATUAL DO CADE E OS ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE	42
CONCLUSÃO.....	46

INTRODUÇÃO

O agravamento da crise climática levou a uma mudança de terminologias. O vocábulo “aquecimento” agora foi substituído pela “ebulição”¹. Conforme estima a OMM, desde 2015, vivemos os anos mais quentes da história. Como consequência, ondas de calor, secas e inundações tem afetado mais intensamente os países ao redor do globo.²

Em resposta, integrantes da Convenção-Quadro da ONU sobre a Mudança do Clima se comprometeram, por meio da celebração do Acordo de Paris (2015): (i) a manter o aumento da temperatura global abaixo dos 2°C em comparação aos níveis pré-industriais; (ii) a promover a adaptação e a resiliência aos impactos da crise climática, bem como a reduzir as emissões de gases de efeito estufa; e (iii) a tornar os fluxos financeiros resistentes aos impactos da mudança climática e compatíveis ao desenvolvimento sustentável. Em sua Contribuição Nacionalmente Determinada, o Brasil se comprometeu a reduzir suas emissões de carbono em 37% até 2025, com redução subsequente de 43% até 2030, tomando como base o ano de 2005.³

Nesse mesmo sentido, foi estabelecida a Agenda 2030, na qual as partes – incluindo o Brasil – firmaram um compromisso de 15 anos, com 17 objetivos e 169 metas para um desenvolvimento sustentável, circundando aspectos econômicos, sociais e ambientais. Dentre esses está o objetivo 12, que visa “assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis”. Isso abrange, por exemplo, a redução e o manejo correto de resíduos industriais, a gestão e o uso eficiente dos recursos naturais, bem como a adoção de práticas sustentáveis por empresas de grande porte.⁴

À vista do exposto, pode-se esperar uma maior pressão para que os agentes de mercado passem por uma “transformação verde”. Somando a isso, do lado da demanda, os consumidores têm se demonstrado mais sensíveis as questões ambientais. Consequentemente, estima-se que haverá maior competição nos fatores relacionados a sustentabilidade⁵.

Refletidas no direito da concorrência, as crises ambiental e climática propiciaram o surgimento de questões a respeito do papel dessa seara do direito na virada sustentável dos

¹ GUTERRES, António. Coletiva de imprensa do secretário-geral da ONU sobre o clima: Discurso de António Guterres, secretário-geral das Nações Unidas, sobre a urgência de ações para limitar o aumento da temperatura global a 1,5 grau Celsius. Nações Unidas Brasil, Brasília, DF, 27 jul. 2023.

² ORGANIZAÇÃO METEOROLÓGICA MUNDIAL. *State of the Global Climate 2022*. Genebra: OMM, 2023. p. ii e 3.

³ MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. Acordo de Paris. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 2021. p. 3 e 8.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova York: ONU, 2015. p. 3, 12 e 31.

⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement*. Paris: OCDE, 2021. p. 7.

mercados. Como aponta a OCDE, a preservação da concorrência, por si só, pode impulsionar a proteção ambiental. Isso é verificado na mera preservação de um mercado baseado em fatores sustentáveis, na convergência entre prática anticompetitiva e dano ambiental – como é o caso dos cartéis de *greenwashing* – e no reconhecimento de isenções e eficiências em condutas pró-competitivas pautadas na sustentabilidade.⁶

Entretanto, é no cenário de condutas que restringem à concorrência que está a maior área de debate, em especial, no âmbito dos acordos de cooperação horizontal em prol da sustentabilidade (“acordos de sustentabilidade”). Estes emergem principalmente em razão de três falhas de mercado.⁷

A primeira diz respeito a desvantagem do pioneiro, já que as inovações em prol da sustentabilidade nem sempre correspondem a uma posição mais favorável no mercado. Como aponta a ICC, em realidade, “[...] ações tomadas pelas empresas para avançarem nos seus objetivos de sustentabilidade geralmente exigem investimentos no curto prazo e possivelmente custos operacionais mais elevados, que muitas das vezes não podem ser repercutidos nos preços cobrados aos clientes”⁸.

A segunda tem relação com a opção dos consumidores por produtos menos sustentáveis. Isto pode estar associado, por exemplo, com o preço mais elevado do produto ou com a complexidade de se definir qual opção é mais sustentável, haja vista a assimetria de informação. Por sua vez, a terceira refere-se as situações em que a demanda por produtos sustentáveis existe, mas se demonstra insuficiente para suprir os custos ou atingir economias de escala.⁹

No combate a essas falhas, concorrentes de um mesmo mercado podem adotar uma miríade de condutas. A fim de eliminar a desvantagem do pioneiro, podem estabelecer padrões de sustentabilidade para toda a indústria. Ou, com vistas a modificar o comportamento dos consumidores, podem concordar em retirar do mercado produtos com baixa eficiência energética.

Nesse contexto, um desafio é lançado ao antitruste: como conciliar os benefícios ambientais com a análise concorrencial até então empreendida. Basta observar as práticas listadas acima que, respectivamente, podem ser capazes de amenizar a competitividade no

⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement*. Paris: OCDE, 2021. p. 10-11.

⁷ *Ibidem*, p. 11.

⁸ Trecho original: “[...] actions taken by businesses to advance their sustainability objectives usually require investments in the short term and possibly higher operating costs that often cannot be passed on in the prices charged to customers”. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *When Chilling Contributes to Warming: how competition policy acts as a barrier to climate action*. Paris: ICC, 2022. p. 3, traduzido por Google Tradutor.

⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2021, op. cit, p. 11.

mercado ou afetar a variedade e os preços de produtos, mas, ao mesmo tempo, trazem benefícios ao meio ambiente. À vista disso, autoridades de defesa da concorrência da União Europeia, Reino Unido, Áustria e Países Baixos emitiram guias e propostas de guias para direcionar o problema e orientar os agentes de mercado em relação aos acordos de sustentabilidade.

O presente estudo busca trazer esse questionamento ao cenário brasileiro. Assim, será trabalhada a seguinte pergunta: como o CADE poderia conciliar a defesa da concorrência e do meio ambiente no âmbito dos acordos de cooperação horizontal? Trabalha-se com a hipótese de que a postura do CADE em relação a tais arranjos, para além de questionar a sua licitude, restringe à análise aos conceitos de eficiência e bem-estar do consumidor. Sem uma resignificação dessa análise em face da nova realidade mundial, o CADE poderia representar uma barreira à transformação dos processos produtivos no Brasil.

Para tanto, será feita revisão bibliográfica de doutrinas, artigos e guias emitidos pelas autoridades europeias. Pontualmente, serão analisadas jurisprudências, com intuito de fornecer maiores explicações sobre as práticas adotadas pelo CADE.

Sendo assim, inicialmente, será abordado o que são os acordos de cooperação horizontal e como se dá o tratamento desses no SDBC. Em seguida, será feita análise dos guias europeus a respeito do tema para, no fim, ser possível traçar a conciliação entre o CADE e a defesa do meio ambiente.

CAPÍTULO 1 – ACORDOS DE COOPERAÇÃO: A DICOTOMIA ENTRE O CONTROLE DE ESTRUTURAS E CONDUTAS

A colaboração empresarial se intensificou a partir da década de 80. Como apontam Miles e Snow¹⁰, a globalização e o rápido avanço tecnológico transformaram a dinâmica competitiva e, conseqüentemente, impulsionaram o surgimento de uma nova forma de organização industrial: a *dynamic network*.

Marcada pela especialização de seus integrantes, essas redes dinâmicas permitiram que as empresas atuassem de modo mais inovador e eficiente¹¹. Dessa forma, “[u]ma empresa na rede pode pesquisar e projetar um produto, outra pode desenvolvê-lo e fabricá-lo, uma terceira pode cuidar da distribuição e assim por diante”¹².

Forma-se então um quebra-cabeça de competências complexo, no qual a complementaridade prevalece sobre a concorrência. Entretanto, neste caso, as peças podem ser substituídas, seja pelas mudanças nas condições de mercado ou pelo desempenho individual das empresas.¹³

Sendo assim, surge um novo cenário industrial, marcado pela desverticalização, flexibilidade e colaboração entre os agentes econômicos. No âmbito da organização empresarial, a mudança representou uma ruptura com o modelo dual de Coase¹⁴.

Segundo o autor, a empresa surge em razão dos custos de transação no mercado, como forma de reduzi-los por meio da concessão da gestão de recursos a um poder central, o empresário. Nesse contexto, caberia a ele decidir entre realizar a produção internamente (*make*) ou recorrer as transações de mercado (*buy*), privilegiando sempre a opção que gerasse menos gastos.¹⁵

Coase não reconhece, portanto, a terceira opção intermediária entre a empresa e o mercado: os acordos de cooperação, colocados em evidência pela *dynamic network*. Mariti e Smiley definem os acordos de cooperação como quaisquer arranjos colaborativos de longo

¹⁰ SNOW, Chales C.; MILES, Raymond E. *Organizations: New Concepts for New forms*. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 429-431.

¹¹ SNOW, Chales C.; MILES, Raymond E.; COLEMAN, Henry J. *Managing 21st Century Network Organizations*. *Organizational Dynamics*. v. 20, n. 3, 1992. p. 7.

¹² Trecho original: “*One firm in the network may research and design a product, another may engineer and manufacture it, a third may handle distribution, and so on.*”. Ibidem, p. 6-7, traduzido por Google Tradutor.

¹³ SNOW, Chales C.; MILES, Raymond E, op. cit., p. 432-433.

¹⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 203.

¹⁵ COASE, Ronald H. *The Nature of The Firm*. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 43-48.

prazo, celebrados entre duas ou mais empresas, independentemente de gerarem remuneração financeira ou não.¹⁶

Nesses, a cooperação deve ser explícita, ou seja, deve existir um entendimento entre ambas as partes no sentido de estabelecer uma colaboração. Sendo assim, a prática habitual entre empresas não enseja a caracterização de um acordo colaborativo. Importa ressaltar, no entanto, que isso não significa que os acordos devam ser feitos de forma escrita, apesar deste ser o meio mais comum no âmbito empresarial.¹⁷

As motivações para o estabelecimento da cooperação interempresarial são diversas. O acordo pode visar, por exemplo, a redução dos custos e dos riscos para a entrada no mercado, o alcance de economias de escala ou o desenvolvimento e o repasse de novas tecnologias.¹⁸

No entanto, é importante observar que essa tendência colaborativa não vem sem impactos concorrenciais. Podem ser experienciadas reduções na competitividade do mercado, seja pela eliminação de concorrentes ou pela facilitação da cartelização. Somando a isso, é possível que as barreiras à entrada sejam elevadas, já que os potenciais competidores se veriam forçados a adentrar no mercado em maior escala.¹⁹

Ocorre que o processamento desses acordos tem sido um desafio para as autoridades de defesa da concorrência. Por estarem em uma zona intermediária entre a empresa e mercado, ou seja, entre as searas onde se predomina, respectivamente, a estrutura e o comportamento, muitas vezes é difícil saber se, quando sujeito ao controle, esse deve ser o preventivo ou repressivo²⁰. Nesse sentido, o objetivo deste capítulo é analisar como esses acordos são processados na esfera antitruste.

1.1. ACORDOS DE COOPERAÇÃO ESTRUTURAIS E NÃO ESTRUTURAIS

Os acordos colaborativos podem assumir uma multiplicidade de formas. Com o viés de facilitar a categorização concorrencial, este trabalho dividiu tais arranjos entre os estruturais e não estruturais. Estes podem ser subdivididos, ainda, em acordos verticais – realizados entre

¹⁶ MARITI, P.; SMILEY, R. H. *Co-operative Agreements and The Organization of Industry*. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 276-277.

¹⁷ *Ibidem*, p. 276-277.

¹⁸ *Ibidem*, p. 284-291.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ CAIXETA, Deborah Batista. *Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. p. 50.

elos diferentes da cadeia produtiva – e horizontais – realizados entre agentes de um mesmo mercado relevante²¹. Sendo o último objeto de análise deste estudo.

Como enuncia Ana Frazão, o critério distintivo entre a categoria estrutural e não estrutural é o grau e o tipo de cooperação estabelecida entre as partes²². Sendo assim, é possível dizer que nos acordos estruturais está presente a cooperação qualificada, “[...] caracterizada pela existência de um fim comum e de uma estrutura organizativa apta à sua consecução”²³.

É essa organização em prol de um fim comum que atrai a incidência do controle preventivo de estruturas, uma vez que dela emerge um novo agente de mercado. Por isso, muitas vezes, esses acordos cooperativos também são denominados como concentrações por cooperação²⁴.

A Lei nº 12.529/2011 faz referências a essas formas no inciso IV de seu art. 90, ao estabelecer como ato de concentração os contratos associativos, as *joint ventures* e os consórcios. Estes, no entanto, só se submeterão ao controle preventivo do CADE quando cumprirem os requisitos de faturamento estabelecidos no art. 88 da Lei²⁵. Para os fins deste estudo, o foco será dado aos contratos associativos, forma horizontal de cooperação entre concorrentes que ainda é cercada de inúmeras inseguranças jurídicas.

Já os acordos de cooperação não estruturais, seguem a definição de Mariti e Smiley²⁶. Nestes casos, uma possível análise concorrencial será repressiva e terá como base os arts. 36 e 37 da Lei nº 12.529/2011, conforme será explicitado a seguir.

²¹ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 11ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 348.

²² FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 211.

²³ Ibidem, p. 224.

²⁴ CAIXETA, Deborah Batista. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. p. 50.

²⁵ Vide: “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”.

²⁶ MARITI, P.; SMILEY, R. H. *Co-operative Agreements and The Organization of Industry*. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 276-277.

1.1.1. Formas Estruturais de Cooperação

1.1.1.1. Contratos Associativos

A inserção dos contratos associativos no texto da Lei nº 12.529/2011 foi permeada de inseguranças jurídicas. Isto porque a ausência de definição legal para o termo nos primeiros anos de vigência da Lei o tornou, inicialmente, uma hipótese amorfa de notificação.²⁷

Apenas em 2014 foi feito o primeiro esforço normativo para conceitua-lo. Sendo assim, a Resolução CADE nº 10/2014 estabeleceu como contratos associativos aqueles “[...] com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência”.

A interdependência desses acordos cooperativos seria identificada sempre que: (i) as partes integradas horizontalmente detivessem participações cuja soma fosse igual ou superior a 20% (vinte por cento) no mercado objeto do contrato; ou (ii) uma das partes integradas verticalmente detiver 30% (trinta por cento) ou mais do mercado relevante afetado pelo objeto do contrato quando este estabelecesse o compartilhamento de receitas e prejuízos ou quando decorresse de relação de exclusividade.

Ocorre que, pelo estabelecimento dessa segunda linha de critérios, a análise de compartilhamento de riscos ou interdependência não foi feita. Assim, o foco da jurisprudência se tornou a participação das partes no mercado relevante²⁸. Como consequência da indefinição dos termos, uma gama maior de acordos de colaboração foi sujeita ao controle prévio, uma vez que o critério se tornou aquele do *market share*²⁹.

Em 2016, uma outra tentativa de definição foi feita. A Resolução CADE nº 17/2016 deu nova caracterização aos contratos associativos, com uma definição desvinculada das participações de mercado. Sendo assim, foram estabelecidos como requisitos desses contratos: (i) a duração igual ou superior a 2 (dois) anos; (ii) o estabelecimento de empreendimento comum; (iii) o compartilhamento de riscos e de resultados; (iv) a concorrência entre as partes no mercado relevante objeto do contrato – excluindo, assim, os acordos verticais.

Nesse novo cenário, as discussões se voltaram as definições de empreendimento comum e de compartilhamento de riscos e de resultados. Para o CADE, a definição de empreendimento

²⁷ DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo. Contratos Associativos no Controle de Concentrações do CADE: em busca de sentido. In: ANDERS, Eduardo Caminati. et. al. (coord.). 5 Anos Lei de Defesa da Concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. 2017. p. 107-108.

²⁸ KREIN. Contratos Associativos: na contramão da Lei nº 12.529. Revista do IBRAC, n.1, 2021. p. 313.

²⁹ DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo, op. cit., p. 109.

comum parece estar direcionada a criação de uma novo agente no mercado, ou seja, a organização dos fatores de produção para a consecução de um fim comum³⁰.

Como aponta Ana Frazão³¹, o critério distintivo dos contratos associativos é justamente esse caráter organizativo. Na jurisprudência do CADE isso tem se refletido por meio da identificação, por exemplo, da criação de estruturas de governança para tomada de decisões, no compartilhamento de pessoal e de estruturas ou no compartilhamento das informações sensíveis necessárias a realização do contrato³².

Já o compartilhamento de riscos e de resultados pode ser entendido, inclusive, como consequência da própria existência de um empreendimento comum³³. Para além da disposição contratual expressa, o compartilhamento de riscos pode ser identificado na “resposta solidária em ações civis, assunção conjunta de responsabilidades jurídicas e financeiras, realização de investimentos conjuntos em pesquisa e desenvolvimento, e de forma geral qualquer indicativo de assunção conjunta de riscos da oferta conjunta de produtos ao mercado.”³⁴. Já o compartilhamento de resultados corresponde a divisão de lucros auferidos pelas partes, sejam eles divididos equitativamente ou não³⁵.

Portanto, é possível afirmar que nos contratos associativos as partes estabelecem uma interdependência em relação ao objeto do contrato. No entanto, permanecem como entidades autônomas no mercado. Não se trata, assim, das formas tradicionais de concentração. Aqui, a concentração ocorre apenas no objeto do acordo cooperativo estabelecido.

Apesar de todo o crescimento institucional a respeito do conceito, os contratos associativos ainda representam certo campo de insegurança jurídica. Mesmo com as modificações feitas pela resolução mais recente, os conceitos de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e de resultados pendem principalmente da jurisprudência.

Isso se observa, por exemplo, pelo elevado número de notificações *ad cautelam* feitas ao CADE. Como aponta Julia Krein, em 2019, essa parcela representava 53% dos contratos associativos apresentados.³⁶

³⁰ BINOTTO, Anna. Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, DF, v. 6, n. 1. p. 244.

³¹ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 210-211.

³² A pesquisa de jurisprudência realizada por Julia Krein levou em consideração os contratos associativos analisados pelo CADE desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 até agosto de 2020. KREIN. Contratos Associativos: na contramão da Lei nº 12.529. Revista do IBRAC, n.1, 2021. p. 315.

³³ Ibidem, p. 316.

³⁴ Ibidem, p. 317.

³⁵ Ibidem, p. 316-317.

³⁶ Ibidem, p. 322.

Ou seja, a insegurança jurídica está colocando uma carga maior aos acordos colaborativos, que, ainda que não estruturais, estão sendo submetidos ao CADE. Trata-se, portanto, de grande desafio a ser enfrentado pela autoridade e uma das razões que justificam uma alteração da postura em relação a esses acordos, em especial os não estruturais, conforme se verá a seguir.

1.1.2. Formas não estruturais de cooperação

Como já ressaltado, os acordos de cooperação não estruturais são aqueles celebrados entre duas ou mais empresas, com objetivo colaborativo explícito e vigentes por longo prazo. A diferença aqui é o nível de colaboração entre as partes, que é insuficiente para a formação de um novo ente econômico.³⁷

Historicamente, o tratamento concedido a esses arranjos é rígido, especialmente em comparação com aqueles ditos estruturais³⁸. Enquanto conduta coordenada entre agentes econômicos, os acordos de cooperação horizontal se encontram muito próximos aos cartéis. O critério distintivo entre ambos é apenas a sua finalidade, que pode ser dirigida a um objeto lícito – como o desenvolvimento de novas tecnologias – ou ilícito – como a fixação de preços ou divisão de mercado, por exemplo³⁹.

No entanto, como já foi ressaltado anteriormente, apesar de lícitos, é possível que esses arranjos venham acompanhados de restrições à concorrência, o que torna o trabalho das autoridades mais complexo. Sendo assim, é importante que o direito antitruste esteja atento as múltiplas possibilidades colaborativas e intermediárias ao controle de estruturas e de condutas, a fim de que não se caia em uma dicotomia onde tudo aquilo que não é ato de concentração seja considerado como cartel⁴⁰.

A separação entre ambos nem sempre é fácil. Nesse sentido, uma orientação clara sobre aquilo que é permitido ou não, bem como sobre como a análise será feita é de suma importância. Por esse motivo, autoridades como a *Federal Trade Commission* (FTC) e a Comissão Europeia emitiram guias⁴¹ a respeito do modo de processamento dos acordos horizontais.

³⁷ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 214.

³⁸ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p.76.

³⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 128-129.

⁴⁰ FRAZÃO, Ana. Coordenações entre agentes econômicos em época de COVID-19. Jota, São Paulo, 24 jun. 2020.

⁴¹ *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (FTC e DOJ) e Orientações sobre a aplicação do artigo 101.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (Comissão Europeia).

Um ambiente institucional seguro é necessário para o desenvolvimento dos acordos de cooperação⁴². Do contrário, o mercado será privado dos potenciais benefícios que podem resultar da cooperação entre diferentes agentes econômicos.

1.1.2.1. A necessidade de um tratamento diferenciado na análise à luz da Lei nº 12.529/2011

A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 36, define como ilícitos antitruste os atos que, independentemente da culpa ou da forma, tenham como objeto ou efeito, ainda que potenciais: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. O §3º do referido dispositivo traz, ainda, um rol exemplificativo das condutas anticompetitivas.

A norma antitruste estabelece, assim, duas categorias distintas de ilícitos: aqueles por objeto e por efeito. No que tange ao modo de processamento, existe uma grande diferença na extensão da análise perpetrada pelo CADE e na atribuição do ônus da prova em cada hipótese.

No caso de ilícitos que tenham por objeto a restrição da concorrência, como os cartéis, haverá presunção relativa dos potenciais efeitos anticompetitivos da conduta⁴³. Desse modo, cabe ao CADE apenas comprovar a prática do ato lesivo à concorrência⁴⁴.

Já na análise por efeitos, a ilicitude será caracterizada quando for verificado que os efeitos líquidos da conduta são prejudiciais à dinâmica concorrencial. Caberá a autoridade, nesse cenário, comprovar a existência da conduta e de seus danos à concorrência, por meio de uma análise aprofundada de mercado.

O voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, no PA nº 08012.006923/2002-18 ilustra claramente o passo a passo do processamento das condutas pela LDC:

[...] E tal sistema implica, como largamente reconhecido, um regime de análise estruturado, cujo primeiro passo consiste em analisar o objeto da conduta analisada. Se ele for, por si só, restritivo da concorrência, não haverá necessidade de provar efeitos por parte da autoridade. Caso contrário, caminha-se para um segundo passo, consistente em demonstrar, aí sim, que se trata de conduta com a potencialidade de produzir efeitos anticompetitivos. Nesse sentido, considerações sobre a determinação das dimensões geográfica e de produto do mercado relevante, sobre barreiras à entrada, grau de concentração do mercado

⁴² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência. Paris: OCDE, 2019. p. 198-199.

⁴³ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 292.

⁴⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97-98.

ou poder dominante das firmas envolvidas, fazem sentido, exclusivamente, se estivermos diante do segundo passo, mas não do primeiro. Ademais, se em qualquer desses dois passos for determinada a presunção de ilicitude da conduta (pelo objeto ou por seus efeitos concretos ou potenciais), passa-se a um terceiro passo, que consiste na análise de eventual defesa baseada em eficiências, a qual (i) deve colocar-se nos termos e limites do texto expresso da lei e (ii) incumbe ao próprio Representado demonstrar e provar. (§ 34, fls.683)

No que tange aos acordos de cooperação horizontais, ao contrário de outras jurisdições internacionais⁴⁵, o CADE não possui propriamente um guia que direciona a sua análise. Atualmente, o documento que dá mais indicativos sobre a forma de processamento desses acordos é a Resolução nº 20/1999, parcialmente vigente.

O ato normativo se restringe a abordar práticas restritivas verticais e horizontais e a apontar alguns critérios básicos de análise para ambos os casos, concedendo enfoque bem maior ao primeiro tipo de conduta. Nesse sentido, a Resolução relega aos acordos cooperativos horizontais que afetam de alguma forma a concorrência a análise da ilicitude por efeitos, submetendo-os ao denominado “princípio da razoabilidade”. Este consiste basicamente no balanceamento entre os efeitos negativos e positivos originados do ato supostamente anticompetitivo.

A análise, portanto, passa por três grandes etapas: (i) a caracterização da conduta; (ii) a análise da posição dominante; e (iii) a análise da conduta. Na primeira, são observadas a natureza anticoncorrencial, a autoria, o mercado envolvido e a possível racionalidade por trás da conduta, bem como a reunião de prova documental suficiente para a persecução.

A segunda etapa, por sua vez, engloba a análise da definição do mercado relevante, o cálculo da participação das partes nesses e, por fim, a análise das condições concorrenciais, ou seja, da concentração do mercado, das barreiras à entrada, dos padrões de concorrência e do nível de rivalidade. Por fim, a terceira fase avalia os danos causados no mercado e as eficiências da conduta para, enfim, realizar o balanceamento entre ambos. Caso as eficiências compensem os efeitos anticompetitivos, o acordo será reputado como lícito. Do contrário, será entendido como prática de conduta anticompetitiva.

A resolução, no entanto, sequer obteve aplicação consistente no período de vigência da Lei nº 8.884/94, sob a qual foi editada⁴⁶. Ainda que isso não fosse realidade, pode-se observar

⁴⁵ Como a *Federal Trade Commission (Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors)* e União Europeia (Orientações sobre a aplicação do artigo 101.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal), já mencionadas anteriormente.

⁴⁶ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 213.

que o documento foca apenas na análise econômica dos acordos, sem trazer, por exemplo, definições ou aspectos específicos à análise daqueles que são mais recorrentes.

As inconsistências no direcionamento do CADE foram evidenciadas, inclusive, pela OCDE. Em Revisão por Pares feita em 2019, a organização apontou que a falta de guias substantivos sobre temas chave para o Conselho – como os acordos de cooperação horizontal – limita a previsibilidade e a segurança jurídica das decisões tomadas. Nesse sentido, ressaltou que “[o] desenvolvimento de guias sobre aspectos materiais fornece um fórum fechado por meio do qual se pode ter debates exaustivos e francos para resolver divergências e se chegar a uma posição institucional”.⁴⁷

Enquanto tal posicionamento não é tomado, os acordos de cooperação horizontal não estruturais são relegados a uma espécie de limbo, no qual a sua licitude é colocada em xeque. Ocorre que, enquanto coordenação entre concorrentes, estes arranjos ficam em posição intermediária entre os cartéis e os contratos associativos. Nesse cenário, a tendência tradicional do antitruste e do próprio CADE é reputar tudo aquilo que não se enquadra no controle de estruturas como cartel.⁴⁸

Novamente, a prova disso advém da Revisão Por Pares da OCDE, feita em 2010. No documento, a autoridade aponta que “o SBDC analisou poucos casos de acordos horizontais que não configurem cartéis”, atribuindo parte da causa aos processamentos errôneos de condutas⁴⁹.

Nesse cenário, um outro problema, já mencionado anteriormente, é impulsionado: o número de notificações ad cautelam de acordos não estruturais entre concorrentes. Exemplo recente foi observado na submissão do Projeto Star a análise do CADE. Destinado a recuperar as atividades de pequenos varejistas de alimentos e bebidas no período pandêmico, o projeto foi levado ao conselho com vistas a confirmar sua pró-competitividade e eficiência econômica. Entretanto, o acordo sequer se encontrava no rol de notificação obrigatória da autoridade, como as partes e a própria decisão reconheceram.⁵⁰

A prática revela, assim, a hesitação dos agentes econômicos na celebração de acordos cooperativos horizontais fora da análise preventiva do CADE, haja vista as inseguranças jurídicas que permeiam a caracterização de sua licitude. No caso do Projeto Star, as partes

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência. Paris: OCDE, 2019. p. 198-199.

⁴⁸ FRAZÃO, Ana. Coordenações entre agentes econômicos em época de COVID-19. Jota, São Paulo, 24 jun. 2020.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares. Paris: OCDE, 2010. p. 27.

⁵⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.002395/2020-51. Conselheiro Relator: Presidente Alexandre Barreto de Souza, 28 mai. 2020.

fundamentaram a análise do acordo no seu direito de petição e na urgência que a situação demandava. Fora dessa realidade e sem diretrizes substantivas, cabe aos demais agentes econômicos concorrentes que desejem ou já celebraram acordos não estruturais, sanar suas inseguranças jurídicas por meio do procedimento de consulta, regulado pela Resolução CADE nº 12/2015.

Neste, as partes solicitam à Presidência do Tribunal Administrativo a análise de licitude do acordo. Para tanto, devem qualificar as partes, apresentar as documentações necessárias, indicar as leis e os precedentes do Conselho relacionados ao acordo colaborativo, pagar a taxa processual de R\$ 15.0000,00 (quinze mil reais) e, ainda, no caso de o arranjo já ter sido implementado, comprovar que este não é objeto de nenhuma investigação ou processo administrativo no CADE. O prazo de análise do pedido, após a distribuição ao Conselheiro Relator, é de 120 (cento e vinte) dias, sendo a decisão vinculante por cinco anos. Ainda assim, trata-se de caminho com alto ônus probatório e com taxa monetária, os quais poderiam ser evitados por meio de diretrizes substanciais.

Dessa forma, à vista do exposto, pode-se observar que o SBDC segue a tendência do antitruste tradicional, muitas vezes ignorando a realidade intermediária entre o controle de condutas e estruturas, de forma similar ao feito por Coase. Tal postura, recentemente, refletiu-se inclusive no âmbito legislativo por meio da Lei nº 14.010/2020, que instituiu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório da defesa de concorrência.

Nesse contexto, em meio às dificuldades econômicas impostas pela pandemia, era esperado que houvesse um aumento de volume na celebração de acordos colaborativos não estruturais entre concorrentes e, por conseguinte, uma maior necessidade de direcionamento. Ainda assim, as disposições da lei se direcionaram exclusivamente às coordenações estruturais, por meio da suspensão da eficácia do art. 90, inciso IV, da LDC.⁵¹

No âmbito das condutas, foi determinada a observação das circunstâncias extraordinárias promovidas pela pandemia na análise antitruste, bem como a suspensão de incisos do art. 36 relacionados à venda abaixo do preço de custo e à cessação total ou parcial de atividades empresariais. Ou seja, direcionou-se apenas a um problema que sequer existia em razão do caráter contextual das condutas anticompetitivas, cuja análise deve levar em consideração os aspectos mercadológicos, os objetivos das partes e os seus efeitos.⁵²

Sendo assim, a ideia que o presente tópico pretendeu reforçar foi a seguinte: os acordos cooperativos não estruturais entre concorrentes são, sim, lícitos e, por isso, distinguem-se dos

⁵¹ FRAZÃO, Ana. Coordenações entre agentes econômicos em época de COVID-19. Jota, São Paulo, 24 jun. 2020.

⁵² Idem.

cartéis. Não se nega, nesse cenário, que estes possam trazer preocupações concorrenciais, no entanto, caso apareçam, essas devem ser dirigidas por meio da análise dos seus efeitos. No entanto, sem diretrizes substanciais, tais acordos continuarão sujeitos ao risco de uma análise dicotômica.

Realizar essa conclusão é necessário, já que os acordos de sustentabilidade, como se verá, nada mais são do que uma espécie de arranjo colaborativo não estrutural entre concorrentes. Desse modo, sua recepção no SBDC pende do avanço institucional no tema.

CAPÍTULO 2 – OS ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE E OS NOVOS DESAFIOS IMPOSTOS A ANÁLISE ANTITRUSTE

O combate a crise climática é urgente. Ao redor do globo, ondas de calor, inundações e secas intensas marcam a nova realidade mundial⁵³. Desse modo, a transição sustentável do setor produtivo é uma necessidade e, conseqüentemente, cabe ao direito concorrencial ser parte dessa solução⁵⁴.

A integração entre concorrência e preservação ambiental, no entanto, não vem sem desafios. Dessa maneira, podem existir situações de conflito quando de uma determinada conduta emergem (i) benefícios à concorrência e danos ao meio ambiente ou (ii) danos à concorrência e benefícios ao meio ambiente. A este trabalho interessa a última hipótese, foco de diversos debates, especialmente diante das dificuldades que ela apresenta para a análise concorrencial.

Nesse sentido, o presente capítulo se dedica ao exame do conceito de acordos de sustentabilidade, das suas possíveis manifestações e, por fim, das dificuldades que tais acordos representam para análise antitruste. Em especial quanto à análise dos efeitos, do repasse de benefícios aos consumidores e da temporalidade desses efeitos.

2.1. OS ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE

Nos últimos anos, diversos guias ou propostas de guias foram elaborados para orientar os agentes de mercado no que tange aos acordos de sustentabilidade. Como já ressaltado, este trabalho tem como referencial aqueles editados por autoridades antitrustes europeias, haja vista a sua forte influência no SBDC.

O presente tópico, assim, tem como finalidade traçar um conceito para essa “nova” espécie de acordos colaborativos. Para tanto, serão analisadas as disposições da *Authority for Consumers and Markets* (ACM – Países Baixos), da *Austrian Federal Competition Authority* (AFCA - Áustria), da Comissão Europeia e, por fim, da *Competition and Markets Authority* (CMA – Reino Unido).

Na sua proposta de alteração das “Orientações sobre a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE a acordos de cooperação horizontal”, a Comissão Europeia inseriu novo capítulo relativo

⁵³ ORGANIZAÇÃO METEOROLÓGICA MUNDIAL. *State of the Global Climate 2022*. Genebra: OMM, 2023. p. ii.

⁵⁴ HOLMES, Simon. *Climate change, sustainability, and competition law*. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 8, n. 2, p. 354-405, jul. 2020. p. 354-355.

aos acordos de sustentabilidade. Para o documento, são considerados “acordos” tanto os arranjos cooperativos propriamente ditos quanto as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas.⁵⁵

Aos acordos de sustentabilidade cabe a característica distintiva de perseguirem um objetivo sustentável. O documento não traz uma definição exata do termo, o que torna possível que os arranjos cooperativos se destinem tanto às finalidades estritamente climáticas quanto ao respeito dos direitos humanos, por exemplo. Como referencial, foram indicadas as metas estabelecidas na Agenda 2030.⁵⁶

As disposições do capítulo, todavia, exercerão função meramente complementar quando: (i) o acordo tomar forma de algum outro arranjo previsto nas Orientações; e, ao mesmo tempo, (ii) se destinar a execução de um objetivo sustentável. No caso de conflitos entre disposições, caberá às partes escolherem qual regra lhe será mais favorável. Esse caráter secundário só não será aplicado aos acordos de normalização para a sustentabilidade, haja vista as suas especificidades, conforme se verá a seguir.⁵⁷

Por sua vez, a CMA, no seu “*Green Guidance*”, denomina como acordo de sustentabilidade os acordos entre competidores, efetivos ou potenciais, “[...] que visam prevenir, reduzir ou atenuar o impacto adverso que as atividades econômicas têm no meio ambiente ou auxiliar na transição para a sustentabilidade ambiental”⁵⁸. A autoridade, assim, traz conceito mais restritivo para os objetivos sustentáveis, excluindo da análise de seu guia questões sociais amplas, como a melhoria das condições de trabalho, por exemplo.⁵⁹

Para além disso, a CMA propôs uma subcategoria de acordos de sustentabilidade, submetida a uma análise antitruste distinta: os acordos de mudança climática (*climate change agreements*). Estes, como o próprio nome sugere, são aqueles destinados ao combate da crise climática e seus efeitos. Sendo assim, segundo o guia, tais acordos normalmente serão destinados a redução da emissão de gases de efeitos estufa.⁶⁰

⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 9-10.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 146.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 146-147.

⁵⁸ Trecho original: “*This term captures agreements between competitors which are aimed at preventing, reducing or mitigating the adverse impact that economic activities have on the environment or assist with the transition towards environmental sustainability.*”. REINO UNIDO. *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*. Londres: CMA, 2023. p. 9, traduzido por Google Tradutor.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 10.

Já a ACM, na sua proposta de diretriz, define como acordos de sustentabilidade aqueles celebrados entre empresas ou no bojo de associações, cuja finalidade é “[...] identificar, prevenir, restringir ou atenuar o impacto negativo das atividades econômicas nas pessoas (inclusive de suas condições de trabalho), animais, meio ambiente, ou natureza.”⁶¹.

Assim como a autoridade do Reino Unido, a ACM traz uma subcategoria de acordo que goza de tratamento diferenciado. Tratam-se dos acordos de dano ambiental (*environmental-damage agreements*), os quais têm como finalidade o combate aos danos ambientais da produção e do consumo de bens e serviços, mais especificamente, das externalidades negativas da produção.⁶²

Por fim, na Áustria, a lei federal sobre cartéis foi modificada em 2021 com o fim de abrigar uma isenção aos cartéis que contribuíssem para uma ecologia sustentável ou para uma economia com impacto neutro ao clima. Para fins da legislação austríaca, considera-se como cartéis os acordos entre empresas, as decisões de associações e as práticas concertadas que tenham como objeto ou efeito a prevenção, a restrição ou a distorção da competição.⁶³

À vista disso, no ano seguinte, a AFCA publicou um guia para orientar as empresas a respeito da aplicação das isenções. Nos termos do documento, a isenção com base em uma “ecologia sustentável” ou em uma “economia com impacto neutro ao clima” será concedida se a conduta visar atingir pelo menos um dos seguintes aspectos: (i) a neutralidade e a proteção climática; (ii) a transição para uma economia circular; (iii) a prevenção e redução dos danos ao meio ambiente; (iv) a proteção e restauração da biodiversidade e ecossistemas; e (v) o uso responsável e a proteção de recursos hídricos⁶⁴.

À vista do exposto, pode-se observar duas variações no âmbito das definições dos acordos de sustentabilidade que devem ser consideradas para os propósitos deste tópico. A primeira, diz respeito a inclusão ou não de arranjos verticais no conceito. A segunda, direciona-se ao que pode ser considerado como um objetivo sustentável.

⁶¹ Trecho original: “*ACM therefore means by sustainability agreements any agreements between undertakings, as well as any decisions of associations of undertakings, that are aimed at the identification, prevention, restriction or mitigation of the negative impact of economic activities on people (including their working conditions), animals, the environment, or nature.*”. PAÍSES BAIXOS. *Authority for Consumers and Markets. Guidelines Sustainability Agreements: opportunities within competition law*. Haia: ACM, 2021. p. 6, traduzido por Google Tradutor.

⁶² *Ibidem*, p. 6.

⁶³ ÁUSTRIA. *Federal Cartel Act. Federal Act against Cartels and other Restrictions of Competition*. Viena: Parlamento, [2005]. Capítulo 1, §1 (1) e §2 (1).

⁶⁴ ÁUSTRIA. *Austria Federal Competition Authority. Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations*. Viena: AFCA, 2022. p. 14-15.

Ainda que as diretrizes da ACM e AFCA possam ser aplicadas aos arranjos verticais ou horizontais entre concorrentes, deve-se rememorar que o fim do presente trabalho é analisar os acordos horizontais. Sendo assim, apenas esta perspectiva será adotada.

Resta, então, definir o que corresponde ao aspecto da sustentabilidade de tais acordos. Nos termos do Relatório Brundtland (ONU – 1987), desenvolvimento sustentável é aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”⁶⁵. Como aponta o documento, nesse cenário, o desenvolvimento é dirigido não só a satisfação das necessidades humanas⁶⁶, mas também as aspirações de qualidade de vida almejadas pela população⁶⁷.

Desse modo, pode-se dizer que o desenvolvimento sustentável tem como meta: o fim da pobreza; a promoção de um crescimento econômico inclusivo e sustentável; a redução desigualdades; o estabelecimento de padrões sustentáveis de produção e de consumo; o combate a crise climática, entre outras coisas⁶⁸. À vista disso, no âmbito desta análise, a expressão “desenvolvimento sustentável” será tratada de maneira intercambiável com os termos “sustentabilidade” e “sustentável”⁶⁹, na tentativa de abranger em um único conceito a multiplicidade de desígnios que podem ser atribuídos aos acordos de sustentabilidade.

Dessa maneira, os acordos de sustentabilidade podem ser definidos como aqueles celebrados entre competidores efetivos ou potenciais com vistas a consecução de um objetivo sustentável, em sua definição mais ampla, com o fim de abranger o seu caráter econômico, social e ambiental. Aqui, em linha com o estabelecido pela União Europeia, é possível tomar as metas estabelecidas pela Agenda 2030 como parâmetro de análise, uma vez que as definições de sustentabilidade trazidas pelo documento convergem com as aqui tratadas⁷⁰.

⁶⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 46.

⁶⁶ No caso de países em desenvolvimento, as necessidades humanas incluem as básicas, tais como a alimentação, a moradia e o emprego. *Ibidem*, p. 46.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 46-47.

⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Nova York: ONU, 2015. p. 18.

⁶⁹ Entendimento similar foi adotado pela OCDE no seu documento “*Sustainability and Competition*” (2020).

⁷⁰ Como ressaltado no documento: “Os desafios e compromissos contidos nestas grandes conferências e cúpulas são inter-relacionados e exigem soluções integradas. Para resolvê-los de forma eficaz, é necessária uma nova abordagem. O desenvolvimento sustentável reconhece que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, o combate às desigualdades dentro dos e entre os países, a preservação do planeta, a criação do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável e a promoção da inclusão social estão vinculados uns aos outros e são interdependentes.”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015, op. cit., p 5.

2.2. A COMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A SUSTENTABILIDADE

Inserir o desenvolvimento sustentável na lógica econômica que ronda o direito antitruste não é tarefa fácil. Ainda assim, as diretrizes firmadas e os demais estudos feitos na área demonstram que essa correlação é possível, desde que sejam feitas adaptações. Nesse cenário, o primeiro passo a ser dado é o de identificar os pontos de tensão e de compatibilidade entre antitruste e o meio ambiente, em especial no que toca aos acordos de sustentabilidade.

De acordo com a OCDE, a prática de uma conduta que envolve alguma variável ambiental poderia resultar: (i) em danos tanto à concorrência quanto ao meio ambiente; (ii) em benefícios à concorrência e ao meio ambiente; (iii) em danos à concorrência e benefícios ao meio ambiente; e (iv) em benefícios à concorrência e danos ao meio ambiente. Nos dois primeiros cenários, portanto, há uma compatibilidade entre antitruste e sustentabilidade. Em sentido contrário, nos dois últimos, existem conflitos.⁷¹

No âmbito dos acordos de sustentabilidade importa tratar especificamente da terceira possibilidade, haja vista os riscos à concorrência que as cooperações horizontais podem apresentar. Nessa conjuntura, torna-se necessário traçar quais seriam os acordos de sustentabilidade que ferem as normas antitruste e quais que as cumprem. Como dito anteriormente, o direcionamento dos agentes de mercado é peça significativa para a transformação produtiva da indústria. Não por outra razão, os guias e as propostas analisados abordam o assunto, bem como a OCDE.

2.2.1. Acordos de sustentabilidade que não restringem à concorrência

No geral, acordos de sustentabilidade estarão em conformidade com a legislação antitruste quando não interferirem nos parâmetros centrais da concorrência. Ou seja, no preço, na qualidade, na variedade de escolha ou na busca por inovação.⁷²

Desse modo, não geram restrições à concorrência os arranjos que estabelecem códigos de condutas internos às empresas⁷³, como os destinados a redução do uso de descartáveis ou papeis⁷⁴. No mesmo sentido seguem aqueles que objetivam criar listas com indicação de quais

⁷¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement – Note by Brazil*. Paris: OCDE, 2021. p. 21.

⁷² UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 148.

⁷³ Nesse mesmo sentido seguem os guias da AFCA (p. 21), da CMA (p. 13) e da Comissão Europeia (p. 149).

⁷⁴ REINO UNIDO. 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*. Londres: CMA, 2023. p. 13.

agentes da cadeia produtiva utilizam processos sustentáveis, desde que não haja obrigatoriedade de se comercializar somente com esses entes⁷⁵.

Também podem ser mencionados os acordos para o estabelecimento de standards facultativos nas indústrias⁷⁶. São características importantes para esses acordos a transparência a respeito dos critérios de participação adotados, que devem ser razoáveis e não discriminatórios. Para além disso, no caso de criação de selos ou certificações, deve ser dada aos agentes de mercado a oportunidade de criarem standards alternativos ou de mesmo valor.⁷⁷

A Comissão Europeia, no entanto, dedica especial atenção a esses arranjos, colocando-os como uma subcategoria dos acordos de sustentabilidade. Segundo suas Orientações, serão considerados acordos de normalização para a sustentabilidade aqueles criados com fins de estabelecer requisitos de sustentabilidade a serem cumpridos pelos diversos membros de uma mesma cadeia produtiva⁷⁸. Estes podem determinar a eliminação gradual, a substituição ou a retirada de produtos ou processos que não são compatíveis com o desenvolvimento sustentável. Ou, ainda, podem restringir a compra de insumos àqueles oriundos de fontes que possuam o compromisso com a sustentabilidade, por exemplo.⁷⁹

A colocação de tais acordos como uma subcategoria decorre das suas especificidades em relação aos demais arranjos de normalização. Desse modo, no contexto da sustentabilidade, estes podem levar a criação de selos, logos ou marcas; ao estabelecimento de critérios que aumentem os custos de produção e, conseqüentemente, os preços; a despreocupação com aspectos de interoperabilidade ou compatibilidade; ou, ainda, a imposição de parâmetros de processo, gerenciamento e performance desvinculados da utilização de tecnologia ou de metodologia de processamento específica.⁸⁰

Desse modo, os acordos de padronização em prol da sustentabilidade se distinguem dos mesmos arranjos em sentido geral, uma vez que estes focam no estabelecimento de critérios técnicos ou de qualidade para os processos ou métodos de produção. Somando a isso, a criação de selos e certificações normalmente é considerada como um novo acordo para além daquele destinado a padronização. Ainda, os ganhos de eficiência fora do contexto da sustentabilidade

⁷⁵ Nesse sentido seguem os guias da CMA (p. 15), da AFCA (p. 21) e da Comissão Europeia (p. 149).

⁷⁶ Nesse sentido seguem os guias da ACM (p.9) e da AFCA (p. 22).

⁷⁷ PAÍSES BAIXOS. *Authority for Consumers and Markets. Guidelines Sustainability Agreements: opportunities within competition law*. Haia: ACM, 2021. p. 9.

⁷⁸ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 150-151.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 150.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 151.

normalmente estão voltados ao aumento da possibilidade de escolha dos consumidores e da diminuição de preços.⁸¹

Nesse cenário, os parâmetros para que esses acordos estejam em conformidade com as disposições do TFUE são mais rígidos, apesar de similares aos supramencionados. No total, foram estabelecidos seis critérios cumulativos. O primeiro exige que os standards sejam transparentes e estabelecidos com a participação de todos os que tenham interesse de segui-lo. Já o segundo, determina que a adesão ao critério deve ser voluntária. O terceiro, que as metas mínimas estabelecidas, ainda que vinculativas, possam ser superadas pelos participantes.⁸²

Já o quarto, exige que as informações sensíveis compartilhadas se restrinjam aquelas necessárias ao desenvolvimento, a adoção e a modificação dos standards. O quinto, que os parâmetros de participação do standard sejam transparentes e não discriminatórios.⁸³

Por sua vez, o último critério disposto nas orientações é duplo, mas alternativo. Sendo assim, para que acordo evite preocupações concorrenciais, as metas estabelecidas não devem levar ao aumento significativo dos preços praticados pelas partes ou a redução, também significativa, da qualidade dos produtos. O mesmo será verificado quando as participações de mercado dos integrantes forem menores do que 20% (vinte por cento) no mercado relevante objeto do contrato.⁸⁴

Postura similar é adotada pela CMA, que também reconhece as características peculiares de tais acordos, no entanto, deixa de os classificar como uma subcategoria. Para além disso, sua a linha de critérios contém algumas diferenças. Primeiro, a autoridade não trata especificamente do nível de troca de informações sensíveis para a celebração de tais acordos. Contudo, isso não significa que tal aspecto esteja fora da análise da autoridade. Em realidade, ele é considerado no exame dos acordos, em conjunto com os possíveis efeitos deletérios no mercado⁸⁵.

Para além disso, quanto ao sexto critério, a CMA estabelece um voltado a manutenção da variabilidade de produtos ao consumidor. Desse modo, deve ser observado se as partes permanecerão independentes para definir quais produtos se aplicam ao *standard* e, ainda, se

⁸¹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Orientações sobre a aplicação do artigo 101. °do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Bruxelas: Comissão Europeia, 2011. p. 55 e 64.

⁸² UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 152.

⁸³ Ibidem, p. 152-153.

⁸⁴ Ibidem, p. 153.

⁸⁵ REINO UNIDO. *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*. Londres: CMA, 2023. p 25.

poderão ofertar produtos concorrentes fora do padrão estabelecido no mercado relevante objeto do contrato. Alternativamente, o parâmetro também será cumprido se a participação das partes no mercado relevante for baixa o suficiente para não afetar a escolha dos consumidores.⁸⁶

À vista do exposto, apesar das especificidades elencadas, no geral, os acordos de sustentabilidade que não restringem a concorrência serão aqueles que não intervêm em seus principais parâmetros, bem como os que seguem critérios de voluntariedade, transparência e não discriminação. No entanto, cabe ressaltar que esses são parâmetros basilares e podem ser alterados a depender do contexto no qual estão inseridos.

2.3. DESAFIOS A ANÁLISE CONCORRENCIAL

Aos acordos de sustentabilidade que geram alguma preocupação concorrencial, uma análise mais aprofundada é realizada. Em específico, é feito um balanceamento entre os acordos de sustentabilidade para se averiguar: (i) se os acordos geram ganhos de eficiência; (ii) se os consumidores tem acesso a uma parcela justa desses benefícios; (iii) se a restrição da competição é necessária para o alcance do objetivo e não vai além do necessário; e (iv) se a competição não é eliminada em parte substancial do mercado relevante do produto.

Como aponta a OCDE, levantam-se desafios à análise concorrencial relacionados especialmente às eficiências provocadas no mercado, em especial quanto a sua definição, o seu repasse e, por fim, a sua temporalidade⁸⁷. Cada um desses aspectos será analisado neste tópico, levando em conta as determinações dos diferentes guias sob estudo.

2.3.1. Os efeitos no mercado

Como ressaltado, a admissibilidade de um acordo restritivo à concorrência pende, dentre outras coisas, da capacidade de seus benefícios compensarem os prejuízos provocados no mercado. Tal análise, usualmente, se dá por meio da demonstração quantitativa de efeitos, haja vista a possibilidade de adoção de uma métrica única, que simplifica a análise comparativa⁸⁸.

Entretanto, no âmbito dos acordos de sustentabilidade, levantam-se questionamentos quanto a convergência entre a aferição de benefícios ambientais e a análise antitruste. Isto

⁸⁶ REINO UNIDO. *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*. Londres: CMA, 2023. p. 16-18.

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement*. Paris: OCDE, 2021. p. 14-21.

⁸⁸ Nesse mesmo sentido seguem os guias da AFCA (p. 39-40) e da ACM (p. 15).

porque, como aponta a OCDE, os ganhos em termos de sustentabilidade tendem a ter caráter não econômico⁸⁹.

Tome-se como base, por exemplo, o caso hipotético de um grupo de empresas de refrigerantes e de fornecedores de embalagens que acordam em reduzir e reutilizar os papelões para suas embalagens. Para tanto, as partes terão que realizar uma mudança conjunta de seus processos produtivos que resultará em um aumento de preço temporário e moderado. Nesse cenário, caberia a autoridade antitruste comparar o aumento dos custos do produto – aspecto quantitativo – com uma maior responsabilidade na utilização de matéria-prima – aspecto qualitativo.⁹⁰

Isto ganha especial relevo quando se leva em conta que a transformação sustentável dos processos produtivos normalmente tem como resultado um aumento de preços⁹¹. De outro modo, é possível dizer que, no âmbito dos acordos de sustentabilidade, o balanceamento entre benefícios quantitativos e qualitativos é não só constante, mas necessário. Desconsiderar os efeitos da redução da emissão de gases do efeito estufa, por exemplo, inviabilizaria diversas medidas cooperativas em prol do meio ambiente, contribuindo para a desaceleração do combate à crise climática.

À vista disso, emergiram questionamentos quanto a possibilidade de se utilizar alegações qualitativas relacionadas ao meio ambiente como argumentação para os acordos de sustentabilidade e, em especial, sobre a necessidade de se quantificar esses benefícios.

De início, cabe ressaltar que a análise qualitativa não é novidade para o direito antitruste⁹². A própria orientação relativa à aplicação do art. 101 (3) do TFUE, emitida no ano 2000 pela Comissão Europeia, admite a possibilidade de argumentação monetária e não monetária. Não por outra razão, os guias e propostas que abordam os acordos de sustentabilidade convergem quanto ao tema ao permitirem os dois tipos de efeitos.

Todavia, ACM, CMA e AFCA restringem as alegações de benefícios qualitativos as situações em que há evidente compensação dos prejuízos à concorrência. Este seria o caso do acordo hipotético supramencionado. A análise do caso feita pela ACM levou em consideração: (i) a pequena parte que as embalagens ocupam no custo de produção das empresas de

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement*. Paris: OCDE, 2021. p. 15.

⁹⁰ PAÍSES BAIXOS. *Authority for Consumers and Markets. Guidelines Sustainability Agreements: opportunities within competition law*. Haia: ACM, 2021. p. 17.

⁹¹ ÁUSTRIA. *Austria Federal Competition Authority. Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations*. Viena: AFCA, 2022. p. 27.

⁹² AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Sustainability and Competition Law: Report of the International Developments and Comments Task Force*. Chicago: ABA, 2021. p. 18.

refrigerante; (ii) a temporalidade e moderação do aumento de preço; (iii) o objetivo das empresas de realizar a mudança sem perder consumidores, que justifica a ação conjunta; (iv) a continuidade da competição em outros parâmetros; e (v) a valorização dos consumidores quanto a diminuição do desperdício de embalagens⁹³.

Além disso, cabe ressaltar que, no âmbito da ACM, os efeitos qualitativos também serão admissíveis quando a participação conjunta de mercado das partes não superar 30% (trinta por cento)⁹⁴. Nos demais cenários, ACM, CMA e AFCA exigem a quantificação de tais benefícios.

A Comissão Europeia segue caminho relativamente distinto. Nos benefícios coletivos, ao reconhecer a possibilidade de argumentações qualitativas, a autoridade exige que o impacto nos consumidores seja claramente identificável no mercado relevante.⁹⁵

Como resalta a OCDE, existem métodos consolidados a respeito da quantificação de benefícios ambientais⁹⁶. A título exemplificativo, a própria Organização já publicou uma série de documentos que trazem essa abordagem⁹⁷, como o *Cost-Benefit Analysis and the Environment: further developments and policy use* (2018), o qual traz metodologias para quantificação as emissões de carbono, das contribuições ao ecossistema e biodiversidade para o bem-estar humano, entre outras⁹⁸. Do mesmo modo, ACM e a Comissão Helênica de Concorrência (HCC) elaboraram em conjunto um relatório técnico sobre o tema⁹⁹.

2.3.2. O repasse de benefícios ao consumidor

Na análise dos efeitos da conduta que chegam ao consumidor, a ponderação se baseia, novamente, nos aspectos positivos e negativos de determinada conduta. Os consumidores, nesse cenário, devem ser ao menos compensados pelos prejuízos do ato praticado¹⁰⁰.

⁹³ PAÍSES BAIXOS. *Authority for Consumers and Markets. Guidelines Sustainability Agreements: opportunities within competition law*. Haia: ACM, 2021. p. 17.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 15-16.

⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 161.

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement*. Paris: OCDE, 2021. p. 16.

⁹⁷ O primeiro guia sobre o tema emitido pela organização data de 2006. O *Cost-Benefit Analysis and the Environment* está disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/environment/cost-benefit-analysis-and-the-environment_9789264010055-en.

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Cost-Benefit Analysis and the Environment: further developments and policy use: highlights*. Paris: OCDE, 2018.

⁹⁹ O *Technical Report on Sustainability and Competition* está disponível em: <https://www.acm.nl/en/publications/technical-report-sustainability-and-competition>.

¹⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Bruxelas: Comissão Europeia, 2004. §85.

No que tange aos acordos de sustentabilidade, a dificuldade é saber o que considerar como consumidores. Tradicionalmente, estes são aqueles que se encontram no mercado relevante objeto dos acordos¹⁰¹. Essa postura, entretanto, se demonstra insuficiente para a análise dos impactos do processo produtivo.

As externalidades negativas de se emitir gases de efeito estufa, da destinação incorreta de resíduos, entre outras, são suportadas por toda uma coletividade, seja ela regional, nacional ou até mesmo internacional¹⁰². Nessa conjuntura, a análise de acordos de sustentabilidade deve considerar um conceito mais amplo de consumidores, do contrário, acordos voltados a melhoria do bem-estar geral seriam rechaçados.

A Comissão Europeia adotou postura interessante sobre o assunto. Sua proposta de guia estabeleceu três categorias de benefícios que podem ser observados: os de valor individual de uso (*individual use value benefits*), os de valor individual de não uso (*individual non-use value benefits*) e os coletivos (*collective benefits*).

O primeiro grupo corresponde aos benefícios originados para o consumidor do mercado relevante a partir da utilização do produto, seja pelo fato de se observar uma maior qualidade, variedade ou, ainda, uma redução de preços. Portanto, ao escolher produtos orgânicos ao invés daqueles com agrotóxicos, o consumidor auferir, por exemplo, efeitos positivos a sua saúde.¹⁰³

Os benefícios de valor individual de não uso, por sua vez, dizem respeito aos benefícios indiretos do produto apreciados pelos consumidores do mercado relevante. Ou seja, aos efeitos positivos do consumo de produtos sustentáveis para o restante da população. O indivíduo pode, por exemplo, abastecer seu automóvel com um combustível de preço mais elevado apenas em razão deste poluir menos. Nesse cenário, as partes do acordo devem comprovar tais comportamentos a partir dos estudos das preferências existentes no mercado relevante.¹⁰⁴

¹⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Bruxelas: Comissão Europeia, 2004. § 84.

¹⁰² A *American Bar Association* avança a possibilidade de se considerar consumidores de outras jurisdições na análise antitruste. Não obstante, a instituição ressalta que “[...] uma abordagem supranacional deste tipo poderia suscitar problemas de cortesia, nomeadamente resultados potencialmente contraditórios de diferentes autoridades da concorrência relativamente aos mesmos grupos de consumidores, pelo que beneficiaria de uma consulta e cooperação internacionais.”. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Sustainability and Competition Law: Report of the International Developments and Comments Task Force*. Chicago: ABA, 2021. p. 17, traduzido por Google Tradutor.

¹⁰³ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 157-158.

¹⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 158-159.

Por fim, os benefícios coletivos são aqueles que “[...] ocorrem independentemente da apreciação individual que os consumidores fazem do produto e revertem a favor de um setor mais vasto da sociedade do que apenas os consumidores do mercado relevante.”¹⁰⁵. No caso do indivíduo que opta pelo combustível menos poluente, por exemplo, para além de sua apreciação individual pelos efeitos externos, poderiam ser considerados os benefícios coletivos da redução da emissão de gases de efeito estufa¹⁰⁶.

No entanto, a expansão da análise só poderá ser feita quando existir uma sobreposição substancial entre os consumidores do mercado relevante e a coletividade considerada ou quando esses mesmos consumidores formarem parte dos beneficiários considerados no todo. Nesse sentido, o guia ressalta ainda que o acordo provavelmente deverá envolver a maior parte do mercado para que os benefícios sejam observados.¹⁰⁷

A proposta de estrutura tripartite é interessante para “driblar” as limitações de uma análise antitruste. Como aponta a comissão, no caso de uma marca de roupas que utiliza em seu processo produtivo uma porcentagem menor de fertilizantes e de água, seria possível cogitar uma expansão do conceito de consumidores. No entanto, pela estrutura do mercado de moda, os beneficiários regionais e os compradores do produto dificilmente convergiriam. Aqui, a saída para considerar as externalidades positivas da medida seria exatamente a existência da apreciação dos consumidores em sentido estrito dos benefícios externos do produto com maior preço.¹⁰⁸

A CMA segue caminho similar, reconhecendo que os consumidores do mercado relevante podem auferir os benefícios de práticas mais sustentáveis tanto por meio do uso (diretamente) quanto pela sua apreciação dos efeitos positivos ao meio ambiente (indiretamente). No entanto, segundo a proposta de guia, uma análise expansiva só será realizada quando o acordo for para o combate da crise climática (*climate change agreements*).¹⁰⁹

A autoridade reconhece, entretanto, que podem existir acordos que mesclam características de ambas as categorias. Nestes casos, os benefícios típicos dos acordos de

¹⁰⁵ Trecho original: “*These benefits are referred to as ‘collective benefits’, as they occur irrespective of the consumers’ individual appreciation of the product and accrue to a wider section of society than just consumers in the relevant market.*”. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 160, traduzido por Google Tradutor.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 160.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ REINO UNIDO. *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*. Londres: CMA, 2023. p. 37-38.

sustentabilidade serão analisados segundo os parâmetros a ele atribuídos e o mesmo será aplicado para aqueles que visam a mudança climática.¹¹⁰

A ACM, por sua vez, aponta que os consumidores não precisam ser completamente compensados pelos efeitos anticoncorrenciais dos acordos quando estes: (i) constituírem acordo para o combate aos danos ambientais, ou seja, para a redução das externalidades negativas; e (ii) contribuirão eficientemente para o cumprimento de metas nacionais e internacionais ou ajudarem no alcance de um objetivo político concreto. Nesse cenário, importa ressaltar que a autoridade não faz uma ampliação do conceito de consumidores, mas uma exceção à regra tradicional de que estes devem ser ressarcidos pelos danos provocados.¹¹¹

Por fim, o guia da AFCA considera o “público geral” na análise concorrencial. A Autoridade afirma, inclusive, que podem ser considerados os beneficiários até mesmo de fora da sua jurisdição.¹¹²

A respeito do tema é possível fazer algumas reflexões em relação a variabilidade no tratamento dado aos benefícios ambientais coletivos. Observa-se que nos guias da CMA e ACM esses foram restringidos a hipóteses pré-fixadas, respectivamente aos acordos de combate a mudança climática e aos acordos que visam mitigar os danos ambientais e que de alguma forma também cumprem metas nacionais, internacionais ou políticas.

Tal perspectiva, no entanto, não reflete a realidade do que são os benefícios ambientais oriundos dos acordos de sustentabilidade. Basta tomar como exemplo um potencial acordo entre fabricantes de jeans com o intuito de reduzir ou eliminar a porcentagem de poliéster e poliuretano de seus tecidos. Como consequência, a quantidade de microplásticos eliminada na água a cada lavagem do produto será mitigada ou cessada. Ou seja, haveria uma redução da poluição dos recursos hídricos ao redor do território afetado pela medida, o que traria benefícios tanto aos seres humanos quanto aos animais.

Nesse cenário, em visão restrita por critérios pré-fixados, os benefícios coletivos não poderiam ser considerados. Deve-se entender a urgência das mudanças do clima, em especial no que tange a redução da emissão de gases de efeitos estufa, foco maior das metas nacionais e internacionais em relação ao meio ambiente. No entanto, é preciso tomar o cuidado de não

¹¹⁰ REINO UNIDO. *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*. Londres: CMA, 2023. p. 39-40.

¹¹¹ PAÍSES BAIXOS. *Authority for Consumers and Markets. Guidelines Sustainability Agreements: opportunities within competition law*. Haia: ACM, 2021. p. 14-15.

¹¹² ÁUSTRIA. *Austria Federal Competition Authority. Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations*. Viena: AFCA, 2022. p. 31.

limitar os acordos de sustentabilidade a tanto, haja vista a miríade de benefícios coletivos ao meio ambiente que deles podem emergir.

2.3.3. A temporalidade dos efeitos

O último desafio a ser analisado é a temporalidade dos efeitos. Em especial, se os efeitos futuros podem ser contabilizados e, se sim, qual período seria relevante para a apuração.

Para ilustrar a peculiaridade deste aspecto nos acordos de sustentabilidade, pode-se tomar o exemplo da investigação aberta pelo Departamento de Justiça no Estados Unidos em 2019 para apurar acordo firmado entre 4 montadoras, com cerca de 30% (trinta por cento) de participação no mercado nacional, e o estado da Califórnia. Esse estabelecia metas para a redução da emissão de gases acima da prevista a nível federal, o que estava dentro das competências do estado da Califórnia.¹¹³⁻¹¹⁴

Como aponta a OCDE¹¹⁵, em uma análise concorrencial, os efeitos imediatos deste acordo levariam a um aumento dos preços e redução da oferta de automóveis pelas empresas. No entanto, a longo prazo, os benefícios da redução nas emissões de gases e do menor consumo de combustível poderiam ser observados. Para além disso, se iniciaria também uma competição em termos de inovações em prol da sustentabilidade. Dessa forma, apenas uma análise ampla no aspecto temporal poderia auferir os verdadeiros impactos do acordo.

À vista disso, os guias analisados permitiram a contabilização de efeitos futuros ao mercado. Aqueles editados pela Comissão Europeia, ACM e CMA, em especial, trazem como parâmetro o determinado nas Orientações para aplicação do art. 101 (3) do TFUE.

O documento reconhece que apesar de determinados acordos apresentarem apenas efeitos prejudiciais à concorrência por determinado período, esses ainda poderão ser reputados como lícitos. Todavia, a proporção dos benefícios futuros necessários aumentará ao mesmo passo que os prazos para a observação de efeitos¹¹⁶.

Isto porque o valor nominal dos benefícios no momento de implementação e no futuro são distintos. Desse modo, a Orientação propõe que seja descontado dos benefícios futuros uma

¹¹³ TABUCHI, Hiroko; DAVENPORT, Coral. *Justice Dept. Investigates California Emissions Pact That Embarrassed Trump*. *The New York Times*, Nova York, 06 set. 2019.

¹¹⁴ DAVENPORT, Coral. *Justice Department Drops Antitrust Probe Against Automakers That Sided with California on Emissions*. *The New York Times*, Nova York, 07 fev. 2020.

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement*. Paris: OCDE, 2021. p. 20.

¹¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Bruxelas: Comissão Europeia, 2004. §87.

taxa, que “[...] deve refletir a taxa de inflação, no caso de existir, e os juros que seriam auferidos a título de indicação do valor mais reduzido dos benefícios futuros”¹¹⁷.

No que tange a esta exigência, é preciso ter em mente que o desconto de valores exige que os benefícios ambientais sejam quantificados. Nesse cenário, é preciso ter cuidado para que não se constitua um novo critério de quantificação dos acordos, de modo que todo e qualquer benefício futuro tenha de ser quantificado. Como as próprias autoridades ressaltam, esse exercício nem sempre é fácil ou preciso¹¹⁸.

Para além disso, deve-se ter cautela para não exigir uma carga de benefícios muito ampla, de modo que os critérios se tornem inatingíveis.

¹¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Bruxelas: Comissão Europeia, 2004, §88.

¹¹⁸ Nesse mesmo sentido os guias da AFCA (p. 40), Comissão Europeia (p. 161) e CMA (p. 34).

CAPÍTULO 3 – ADEQUAÇÃO DO CADE AOS ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE

Definidos os conceitos de acordos de sustentabilidade e de suas implicações na análise antitruste cabe, neste momento, tratar da conciliação desses com o CADE. O que se objetiva é demonstrar que é possível adaptar os parâmetros atualmente utilizados para a realidade do desenvolvimento sustentável. Para tanto, servirão como base os mandamentos constitucionais que tangenciam a atuação do Conselho.

3.1. A BASE CONSTITUCIONAL PARA A RELAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E SUSTENTABILIDADE

Traçar a relação entre direito da concorrência e a norma constitucional passa, necessariamente, pelo estudo das discussões acerca dos objetivos do antitruste. Ocorre que, ao longo da história, diversas intenções já foram atribuídas a legislação concorrencial, como o combate as concentrações, a proteção das pequenas empresas ou a persecução da concorrência e do bem-estar do consumidor¹¹⁹.

Sendo assim, na década de 50, começaram a surgir escolas de pensamento voltadas exatamente a busca de qual seria o objetivo máximo do direito concorrencial. A este trabalho interessa especialmente os ensinamentos daquela denominada como Escola de Chicago, que exerce posição de dominância no direito antitruste desde os anos 80¹²⁰.

A vertente tem como principal figura Robert Bork. Como aponta Ana Frazão, acreditando que o direito da concorrência estaria se tornando “incoerente, variável e ambíguo”, em razão da multiplicidade de propósitos a ele atribuídos, Bork defendeu a definição de um intuito único para o antitruste: a eficiência¹²¹. Tal perspectiva fundamenta-se nos ideários da economia neoclássica, linha defensora da imagem do mercado como um mecanismo composto por agentes racionais, focados na “alocação eficiente de recursos escassos em decorrência da interação entre esses agentes, à maximização de utilidades e à condução natural do mercado para um equilíbrio ótimo, paretiano”¹²².

Não por outro motivo, o objetivo do antitruste deixou de ser a proteção do ambiente concorrencial para se tornar a maximização da eficiência. Esta é observada por meio da

¹¹⁹ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 11ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 166-167.

¹²⁰ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 40.

¹²¹ Ibidem, p. 39.

¹²² CRIVELARI, Aline. O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. 2018. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. p. 33.

diminuição dos custos de produção e da conseqüente redução de preços, concepção que foi alçada à dominância da análise concorrencial sob a denominação de bem-estar do consumidor¹²³.

O foco do antitruste, portanto, passou a ser a teoria econômica, não o domínio jurídico. Para Bork, tal mudança significaria a prevalência de um direito concorrencial mais transparente e previsível¹²⁴, fundamentado na neutralidade e racionalidade da economia¹²⁵.

Desse modo, a Escola de Chicago ignora que a definição da eficiência como foco central do direito concorrencial não é apartidária, mas definidora de uma política econômica marcada pelo baixo intervencionismo estatal¹²⁶. Para além disso, deve-se ter em mente que a economia é uma ciência social e, como tal, não está revestida de objetividade ou certeza¹²⁷.

Ainda assim, como aponta Crivelari, a Escola de Chicago desconsidera o fato de que é no direito que são encontrados “[...] o interesse a ser protegido, o que se deve medir e projetar, o que se espera compreender com os estudos econômicos, qual o valor e como interpretar os resultados à luz do ordenamento jurídico”¹²⁸. Assim, é no direito que se estabelecem os parâmetros do que é aceitável no cenário concorrencial – como os limites para o exercício do poder econômico ou a definição de bem-estar do consumidor. Já a economia é relegada a instrumentalização das análises necessárias, seja na definição de mercado relevante, na aferição da concentração de mercado, entre outros¹²⁹.

Ainda sem explicações aprofundadas sobre as teorias econômicas ou os objetivos do antitruste, a conclusão óbvia seria de que a Constituição Federal exerce influência sobre a seara concorrencial brasileira. No entanto, não é isto que se verifica na realidade.

Segundo Luis Fernando Schuartz, a importação da experiência norte-americana com a Escola de Chicago no Brasil promoveu uma verdadeira “colonização” do direito concorrencial pelas teorias econômicas, promovendo sua “desconstitucionalização”¹³⁰. Por esse motivo, os

¹²³ CRIVELARI, Aline. O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. 2018. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. p. 37-38.

¹²⁴ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

¹²⁵ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 178.

¹²⁶ Ibidem, p. 169.

¹²⁷ FRAZÃO, Ana. Um Direito Antitruste para o Século XXI. Jota, São Paulo, 2020. Parte VI.

¹²⁸ CRIVELARI, op. cit., p. 50.

¹²⁹ Ibidem, p. 49-50.

¹³⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência, 2008. p. 2 e 11.

fundamentos das decisões do CADE estariam desconectados de argumentações com base constitucional¹³¹.

O propósito do direito antitruste brasileiro, portanto, encontra-se restrito a ideia de eficiência, traduzida no bem-estar do consumidor. Todavia, como aponta Frazão¹³², é na Constituição que reside o objetivo da política de defesa da concorrência, em especial, no seu art. 170, que dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; **VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019) (Grifo nosso)

Desse modo, é possível afirmar que o dispositivo impõe ao direito da concorrência brasileiro uma função instrumental, direcionada a garantia da existência digna de todos e tendo como base tanto os preceitos da justiça social quanto os princípios elencados no art. 170¹³³. A este trabalho interessa especialmente aquele enunciado no inciso VI, que trata da defesa do meio ambiente.

Do exposto, pode-se retirar a seguinte conclusão: o direito antitruste, no Brasil, deve reconhecer como as múltiplas finalidades da ordem econômica refletem no seu pensamento e análise.

3.2. OS EXEMPLOS INTERNACIONAIS SOBRE O TEMA

Conforme relatado no Capítulo 2, algumas adequações e esclarecimentos foram feitos pelos guias e diretrizes europeias com o fim de adaptar o antitruste aos acordos de

¹³¹ Cabe ressaltar que, para autor, isso não resultaria em um juízo de inconstitucionalidade. Como afirma: “Na acepção original, desconstitucionalização significa institucionalização de uma teoria que governa e organiza, sem referências a normas constitucionais, a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do direito; e secundariamente, aplicação do direito segundo a teoria. Uma estratégia – ou estado – de desconstitucionalização de um certo conjunto de normas será, teoricamente, inconstitucional, somente se, de acordo com a teoria normativa do direito constitucional juridicamente institucionalizada, deva ser vista como inconstitucional.” SCHUARTZ, Luis Fernando. *A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*, 2008. p. 16.

¹³² FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46.

¹³³ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 11ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 194.

sustentabilidade. Nesse cenário, o objetivo deste tópico é reassegurar a possibilidade de se ter uma análise não econômica das condutas no âmbito do direito concorrencial.

Importa ressaltar especialmente a ressignificação expressa do termo em alguns guias, como se vê a seguir:

Environmental damage implies the inefficient usage of scarce natural resources. **If undertakings, by working together, reduce environmental damage, they thus generate an efficiency gain.** That gain will not only be reaped by the users of the products in question, but also by society as a whole. (ACM, 2021, p. 6, grifo nosso)

The assessment must be made using the following four criteria (cumulative): a. **The agreements offer efficiency gains, including sustainability benefits;** (ACM, 2021, p. 12, grifo nosso)

Should, by contrast, a cooperation result in competition being prevented, restricted or distorted within the meaning of Sec. 1 Cartel Act, its justification subject to the two following conditions is to be examined: **The cooperation contributes by means of the efficiency gains delivered to an ecologically sustainable or climate-neutral economy.** (AFCA, 2022, p. 12, grifo nosso)

Climate change agreements' are a sub-set of environmental sustainability agreements. [...] **By reducing the negative externalities, such agreements can generate efficiency gains by enabling a better use of scarce natural resources.** (CMA, 2023, p. 6, grifo nosso)

Examples of efficiencies that can be generated by sustainability agreements include the use of less polluting production or distribution technologies, improved conditions of production and distribution, more resilient infrastructure, better quality products. Sustainability agreements can also reduce supply chain disruptions, shorten the time it takes to bring sustainable products to the market and enable consumers to make informed purchasing decisions by facilitating the comparison of products. These efficiency gains can contribute to a resilient internal market. (COMISSÃO EUROPEIA, 2023, p. 154-155, grifo nosso)

Tendo isso em vista, pode-se chegar a duas conclusões. A primeira é que os parâmetros de sustentabilidade podem ser inseridos no cerne da análise antitruste. Sendo assim, eles devem ser considerados no balanceamento de efeitos da conduta.

A segunda diz respeito as externalidades negativas da produção, uma das principais preocupações no que tange ao desenvolvimento sustentável. Essas se relacionam, basicamente, a atribuição indireta dos impactos ambientais a toda coletividade por meio das escolhas menos sustentáveis do consumidor. Isto pode ocorrer tanto em razão dos preços mais elevados ou da ideia de que uma ação individual não teria impacto o suficiente para mudar a realidade climática.¹³⁴

O fato é que a cooperação entre concorrentes pode ser útil para direcionar essa falha de mercado¹³⁵. No entanto, nesse cenário, a eficiência deve ser interpretada não só como a melhor

¹³⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. p. 159.

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement*. Paris: OCDE, 2021. p. 11.

gestão de recursos visando a redução de custos, mas também como o aprimoramento do manejo de recursos naturais e a amenização dos danos ao meio ambiente.

Essa perspectiva se reflete também na análise das eficiências repassadas aos consumidores. Como realizado nas diretrizes analisadas, é preciso saber diferenciar quando uma conduta tem benefícios coletivos amplos, suficientes para justificar uma restrição particular a concorrência. O atingimento de um desenvolvimento sustentável é interesse de todos. À sociedade civil importa a existência digna e viável no planeta. À iniciativa privada a manutenção dos processos produtivos. E, aos governos, a criação e o estabelecimento de metas, bem como o incentivo a mudança sustentável.

3.3. A CONCILIAÇÃO ENTRE A PRÁTICA ATUAL DO CADE E OS ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE

Atualmente, segundo Ana Frazão, o direito antitruste brasileiro encontra-se no cenário pós-Chicago¹³⁶. Isto significa que seus padrões de análise já reconhecem a necessidade de se observar aspectos além dos preços, incluindo, assim, critérios voltados a qualidade, a variedade e o nível de inovação.

É possível observar, por exemplo, o disposto no §6º, art. 88, da LDC, que estabelece como lícitos os atos de concentração que resultem na eliminação de parte substancial do mercado relevante, que potencialmente criam ou reforçam uma posição dominante ou, ainda, que possam resultar na dominação do mercado relevante, desde que sejam cumpridos alguns critérios, dentre os quais está a melhora na qualidade dos produtos ou serviços. O mesmo pode ser observado na Resolução CADE nº 20/2019, que reconhece que o balanceamento entre efeitos positivos e negativos será em grande parte qualitativo.

No entanto, isso não significa que os aspectos de sustentabilidade fazem parte da análise essencial do direito da concorrência. O próprio CADE, em Nota a OCDE com o objetivo de analisar as Considerações Ambientais na Aplicação da Concorrência no Brasil, considera que o papel do antitruste na defesa do meio ambiente seria mais adequado e efetivo em dois âmbitos: (i) na defesa da própria concorrência, nos moldes tradicionais, o que garantiria o livre mercado e a inovação – consequentemente contribuindo para um desenvolvimento sustentável; e (ii) no *advocacy* por meio do apoio a criação de políticas ambientais que permitissem a preservação da concorrência.¹³⁷

¹³⁶ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 169.

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement – Note by Brazil*. Paris: OCDE, 2021. p. 11.

O resultado de tal postura foi evidenciado por Crivelari. Em busca de jurisprudência sobre a questão ambiental na análise antitruste, a autora reconheceu apenas um caso em que os argumentos relacionados a sustentabilidade foram considerados¹³⁸. Trata-se do Ato de Concentração nº 08012.007776/2008-99¹³⁹ que analisou um Contrato internacional de Compra e Venda de Ações com efeitos no mercado relevante de genética de aves de corte.

Na análise de mérito da operação, mesmo que verificadas a presença de eficiências relacionadas ao custo e a rivalidade do mercado, o Conselheiro Relator se debruçou sobre a análise da biodiversidade, em especial, sobre os possíveis impactos negativos do Ato de Concentração nessa, como se vê a seguir:

Ao lado da preocupação com a variabilidade de produtos, mesmo admitindo a existência de elevadas eficiências em termos de custo e de rivalidade (ou hiper-competitividade), **é possível que o CADE analise, também, o impacto de outras questões de interesse nacional.** Sobre este aspecto, é interessante ser feita a seguinte reflexão: se uma operação diminui, consideravelmente, os custos de produção, mas, ao mesmo tempo, prejudica a Biodiversidade, o Direito Concorrencial deve ser neutro em relação a este fato? (CADE, volume 4, fls. 830, grifo nosso)

O fundamento para tal análise veio de base similar a tratada nesse trabalho. Segundo o voto, as futuras gerações possuem o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a possibilidade de as empresas descartarem linhas genéticas de suas aves o afetaria. Para além disso, o documento ressalta a interligação entre os conceitos de livre concorrência e defesa do meio ambiente realizada no art. 170 da CF.

Sobre este respeito, **considero que a Biodiversidade, como Direito de Terceira Geração, inclusive, está acima dos interesses mercadológicos de curto prazo, mensurados pela simples análise estática e dinâmica das curvas de oferta e demanda, da geração presente. Deve-se preservar, assim, o Direito de gerações futuras em ver o patrimônio genético dos seres vivos preservados. Vocalizando os princípios que embasam a Ordem Econômica Nacional, verifica-se que o Princípio da Livre Concorrência (expresso no inciso IV do art. 170 da CF) está ao lado (sic) princípio de Defesa do Meio-Ambiente (insculpido no inciso VI do mesmo art. 170 do Diploma Constitucional).** No âmbito internacional, o Meio-Ambiente é considerado, inclusive, como Direito Humano, havendo reconhecimento expresso do Consumo Sustentável como Princípio Internacional.

Assim, **é despicienda a quantificação exata das eficiências, para concluir que as empresas não podem e não devem se desfazer, de forma privada, de linhas genéticas** que foram adquiridas com a presente operação no curto prazo, mesmo que esta decisão seja a mais 'eficiente' sob o ponto de vista dos custos. Certamente que, no longo prazo, será possível avaliar se e em que medida há lançamento de novas linhas genéticas ou ao mesmo tempo se há o interesse de centros de pesquisas realizarem investimentos específicos para a guarda do material genético. O que se

¹³⁸ A pesquisa levou em conta consultas, atos de concentração e procedimentos admirativos tramitados ou em tramitação até 11.01.2018. Foram analisados notas técnicas, pareceres, decisões e as manifestações das partes e dos interessados. CRIVELARI, Aline. O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. 2018. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. p. 115-132.

¹³⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Relator. Ato de Concentração nº 08012.007776/2008-99. Conselheiro Relator: Vinicius Marques de Carvalho, 09 fev. 2011.

deve criar são condições para que isto aconteça. (CADE, Volume 4, fls. 832-833, grifo nosso)

À vista disso, considerando que, em razão da operação, uma matriz de aves estaria em risco de destruição, o Conselheiro relator optou por aprova-la sob a condicionante de que fosse celebrado Termo de Compromisso. Este estabeleceu a obrigatoriedade das partes de manterem a linha comercial pelo prazo de 4 (quatro) anos ou, caso decidissem não a manter, que a disponibilizassem para a venda a empresa que assumisse a obrigação.¹⁴⁰

Dessa forma, observa-se que o passo inicial para permitir a inserção dos parâmetros de sustentabilidade no cerne da análise do CADE é reintegra-la aos preceitos fundamentais. Isso implica em reconhecer o papel instrumental dessa seara do direito na consecução de uma existência digna a todos, baseados nos parâmetros da justiça social e tendo como princípios basilares a proteção ao meio ambiente, a defesa do consumidor, etc.

Desse modo, como aponta Crivelari, a ressignificação do conceito de concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor à luz da Constituição é essencial¹⁴¹. No que tange ao primeiro aspecto, é preciso reconhecer que a concorrência constitui mero meio para consecução de uma política econômica, não um fim a ser perseguido. Como tal, pode sofrer restrições em prol de um bem maior, como a base principiológica do art. 170 da CF.¹⁴²

Quanto a eficiência, em linha do apresentado no tópico 3.2, deve-se atrelar ao conceito a ideia de ganhos ambientais, seja pela melhor gestão dos recursos naturais ou pela redução de algum aspecto negativo da produção, por exemplo. Do contrário, haveria uma restrição exacerbada do termo, distinta daquela dada pela norma constitucional – em especial, o art. 170 – e pela legislação antitruste – o art. 88, §6º da LDC, que dispõe sobre os critérios relacionados a melhoria na qualidade, ao desenvolvimento tecnológico, entre outros¹⁴³.

Para além disso, deve-se considerar que reduzir a eficiência ao critério de preços nem sempre garantirá benefícios ao consumidor. Os benefícios redução dos custos de produção são, inicialmente, das empresas e a elas cabe repassá-los.¹⁴⁴

Já quanto a redefinição do conceito de bem-estar do consumidor, deve-se reconhecer que este não é um “ser unidimensional”¹⁴⁵. Nesse sentido é possível que determinado indivíduo

¹⁴⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Relator. Ato de Concentração nº 08012.007776/2008-99. Conselheiro Relator: Vinicius Marques de Carvalho, 09 fev. 2011. Volume 4, fls. 840-844.

¹⁴¹ CRIVELARI, Aline. O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. 2018. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. p. 77-113.

¹⁴² FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 186-187 e 194.

¹⁴³ CRIVELARI, op. cit., p. 96.

¹⁴⁴ FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 42.

¹⁴⁵ CRIVELARI, op. cit., p. 101.

dê preferência a compra de roupas em lojas que, apesar de mais caras, não possuem registro de trabalho escravo, por exemplo.

Para além disso, como aponta Crivelari, é necessário colocar o consumidor em sua posição de cidadão, que deve respeitar os direitos de toda coletividade, sob pena de se promover uma “supervalorização da condição de consumidor dos indivíduos”¹⁴⁶. A partir disso, pode-se expandir o significado do termo “consumidor”, como foi feito nos guias supramencionados. Na prática, esses seriam os casos em que as empresas se unem para reduzir a emissão de poluentes no solo, água ou ar, por exemplo.

Nesse cenário, adquire especial relevância o enunciado no art. 225, *caput*, da CF, que estabelece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, relegando sua proteção tanto ao poder público quanto à coletividade. Desse modo, a repercussão desse dispositivo na realidade antitruste é dupla. Por um lado, ele permite a ampliação do conceito de consumidores, abrangendo aqueles fora do mercado relevante¹⁴⁷. Por outro, atribui tanto ao CADE quanto aos agentes de mercado o dever de atuar em prol do meio ambiente.

Cabe ressaltar, no entanto, que mudanças interpretativas como essa exigem direcionamento. Como ressaltado no Capítulo 1, no que tange aos acordos cooperativos horizontais, o CADE se posiciona entre o vácuo de jurisprudências e de guias, e com certa tendência de apreender qualquer tipo de coordenação entre concorrentes como um ato de concentração ou cartel. Nesse cenário, a fim de não desestimular tais arranjos, em especial aqueles voltados para a sustentabilidade, é necessário que o Conselho edite orientações, seguindo o exemplo das autoridades de defesa da concorrência europeias.

¹⁴⁶ CRIVELARI, Aline. O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste. 2018. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. p. 111.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 111.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho era verificar se a análise atualmente empreendida pelo CADE permite a celebração de acordos de cooperação horizontal em prol da sustentabilidade, por mais que estes promovam uma parcela de efeitos negativos à concorrência.

Como plano de fundo, levou-se em conta a nova realidade promovida pela crise climática e o papel da transformação ecológica dos agentes econômicos na sua mudança. Sobretudo porque essa se prova útil não só ao cumprimento de metas nacionais e internacionais relacionadas ao meio ambiente, mas também à modificação do comportamento dos consumidores.

Como exposto, no que toca ao direito antitruste, a preservação da concorrência por si só pode impulsionar a proteção ambiental. Ainda assim, foi evidenciado que é por meio da cooperação entre concorrentes que se pode direcionar importantes falhas de mercados como a desvantagem do pioneiro, a falta de informações dos consumidores a respeito dos parâmetros ambientais da produção ou a baixa demanda por produtos sustentáveis.

Entretanto, observou-se que a recepção desses acordos de sustentabilidade no direito da concorrência pende da superação de alguns desafios, principalmente quando esses promovem alguma consequência negativa ao mercado. Seria indispensável, assim, o reconhecimento de que os ganhos ambientais fazem parte da análise antitruste, principalmente por esses serem ao mesmo tempo não monetários e os principais efeitos positivos oriundos dos acordos de sustentabilidade. Tal realidade implicaria ainda na observância das peculiaridades quanto ao seu escopo, quantificação e temporalidade.

À vista disso, por meio da análise das propostas e guias emitidos pelas autoridades europeias, concluímos que esses problemas poderiam ser direcionados sem a necessidade de uma reformulação completa da análise concorrencial. Como apontado, os documentos direcionam com maestria as especificidades da colaboração em prol da sustentabilidade, indicando os cenários em que se poderia aceitar os benefícios coletivos, em que seriam exigidas quantificações e, ainda, o modo que os efeitos positivos futuros poderiam ser contabilizados.

Apesar disso, como visto, algumas ponderações são cabíveis quanto aos métodos estabelecidos. Primeiramente, foi apontado o cuidado de não se restringir o reconhecimento dos benefícios coletivos ao combate da crise climática, que normalmente se reflete na diminuição da emissão de gases de efeito estufa. Conforme o ressaltado, a coletividade e o meio ambiente podem se unir em outros aspectos para além deste, tais como a preservação da biodiversidade ou a mitigação da poluição.

Para além disso, quanto à quantificação dos benefícios ambientais, foi ressaltada a necessidade de cautela na exigência de utilização dos métodos econômicos, já que, por um lado, a ciência econômica não é uma ciência exata e, assim sendo, nem sempre resultará em uma metodologia universal para cada tipo de efeito analisado. E, por outro, o exercício de quantificação de aspectos relacionados ao meio ambiente nem sempre será fácil ou possível. Desse modo, exigências como a de descontos no valor nominal dos efeitos futuros pode colocar carga desarrazoada aos acordos de sustentabilidade.

Trazendo essa perspectiva para o Brasil, identificamos que o CADE deve dar dois passos essenciais para a recepção dos acordos de sustentabilidade. O primeiro, é o rompimento com a análise dicotômica dos acordos colaborativos não estruturais celebrados entre concorrentes. O segundo, é a reaproximação da prática do Conselho aos preceitos constitucionais.

Como visto, reconhecer quais acordos restringem ou não a concorrência e quais são os parâmetros essenciais à sua análise garante uma maior previsibilidade e segurança jurídica aos agentes de mercado e, conseqüentemente, incentiva a cooperação horizontal em prol do desenvolvimento sustentável. Isto porque, conforme o apontado, sem qualquer diretriz orientativa substancial, esses acordos permanecerão em um limbo no qual a sua licitude é constantemente duvidada.

Quanto à reaproximação do CADE aos preceitos constitucionais, observou-se que é preciso reconhecer o papel instrumental do direito da concorrência na ordem econômica brasileira. Para tanto, como evidenciado, também seria necessário romper com o modelo estritamente econômico da Escola de Chicago.

A partir disso, seria possível inserir verdadeiramente na análise antitruste as disposições do art. 170 da CF acerca da busca de uma livre concorrência, não como princípio único e exclusivo, mas à luz da justiça social e observando princípios como a defesa do meio ambiente. Por conseguinte, demonstrou-se que seria possível inserir parâmetros ambientais no cerne da análise antitruste, por meio da ressignificação dos termos concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor. Nesse cenário, como visto, os guias e as propostas emitidos pelas autoridades europeias podem ser de grande valia para um direcionamento do CADE.

Logo, pode-se concluir que o trabalho chegou ao seu objetivo e evidenciou a hipótese inicialmente aventada de que o CADE deveria mudar não só sua concepção acerca de tais conceitos, mas também a sua postura em relação aos acordos cooperativos horizontais. Por fim, cabe pontuar novamente que tal proposta não visa o total abandono do modelo atual do antitruste do Brasil, mas a sua mera adaptação e readequação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Sustainability and Competition Law: Report of the International Developments and Comments Task Force*. Chicago: ABA, 2021. Disponível em: https://www.epant.gr/files/2021/sandbox/AT-Comments_to_HCC_8-26-2021Final.pdf. Acesso em: 06 fev. 2023.

ÁUSTRIA. *Austria Federal Competition Authority. Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations*. Viena: AFCA, 2022. Disponível em: <https://www.bwb.gv.at/en/news/detail/afca-publishes-final-guidelines-on-sustainability-agreements-for-companies>. Acesso em: 25 out. 2023.

ÁUSTRIA. *Federal Cartel Act. Federal Act against Cartels and other Restrictions of Competition*. Viena: Parlamento, [2005]. Disponível em: https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/Cartel_Act_2005_Sep_2021_english.pdf. Acesso em: 25 out. 2023.

BINOTTO, Anna. Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 232-260, mai. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/377>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.002395/2020-51**. Conselheiro Relator: Presidente Alexandre Barreto de Souza, 28 mai. 2020. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVTEJY01uzdAoRI3x00MUczGLZf0AnDT3cjEZPLq1fBK. Acesso em: 04 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 12, de 11 de março de 2015**. Disciplina o procedimento de consulta previsto nos §§ 4º e 5º do art. 9º da Lei n. 12.529/2011. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2015/resolucao-12-17-03-2015.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016**. Disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução CADE nº 10, de 29 de outubro de 2014. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNv-

GMnqtuY9s5zbnPvfnYiuBhvl7asLinWf2UjGgpzfMMnV20eEelmaWH0I7Q3sVlrfJpAoVYj
luowW0inIagf. Acesso em: 4 mai. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 1999. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020%2C%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto Relator**. Ato de Concentração nº 08012.007776/2008-99. Conselheiro Relator: Vinicius Marques de Carvalho, 09 fev. 2011. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnVpNXyU2NLID_bgsNnIeAjyegfLSNU600oAkQSQU8SYw. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114010.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Regime%20Jur%C3%ADdico,coronav%C3%ADrus%20\(Covid%2D19\)%20](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114010.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Regime%20Jur%C3%ADdico,coronav%C3%ADrus%20(Covid%2D19)%20). Acesso em: 30 out. 2023.

CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18696>. Acesso em: 29 abr. 2023.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil**. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:

<<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102015-145425/pt-br.php>>. Acesso em: 04 maio 2023.

COASE, Ronald H. *The Nature of The Firm*. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CRIVELARI, Aline. **O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste**. 2018. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/39604>. Acesso em: 28 abr. 2023.

DAVENPORT, Coral. *Justice Department Drops Antitrust Probe Against Automakers That Sided with California on Emissions*. **The New York Times**, Nova York, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/02/07/climate/trump-california-automakers-antitrust.html#:~:text=WASHINGTON%20%E2%80%94%20The%20Justice%20Department%20has,people%20familiar%20with%20the%20matter>. Acesso em: 28 abr. 2023.

DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo. **Contratos Associativos no Controle de Concentrações do CADE: em busca de sentido**. In: ANDERS, Eduardo Caminati. et. al. (coord.). *5 Anos Lei de Defesa da Concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro*. 2017. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%20%95%A9NCIA_-_IBRAC.pdf. Acesso em: 30 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Trade Commission e U.S. Department of Justice. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Washington, D.C.: FTC e DOJ, 2000. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/guidelines-and-policy-statements-0>. Acesso em: 02 maio 2023.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 11ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. **Coordenações entre agentes econômicos em época de COVID-19**. **Jota**, São Paulo, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/coordenacoes-entre-agentes-economicos-em-epoca-de-covid-19-24062020>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. Um Direito Antitruste para o Século XXI. **Jota**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-antitruste-para-seculo-xxi-14-18112020>. Acesso em: 20 dez. 2022.

GUTERRES, António. Coletiva de imprensa do secretário-geral da ONU sobre o clima: Discurso de António Guterres, secretário-geral das Nações Unidas, sobre a urgência de ações para limitar o aumento da temperatura global a 1,5 grau Celsius. **Nações Unidas Brasil**, Brasília, DF, 27 jul. 2023. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/240543-coletiva-de-imprensa-do-secret%C3%A1rio-geral-da-onu-sobre-o-clima>. Acesso em: 29 out. 2021.

HOLMES, Simon. *Climate change, sustainability, and competition law*. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 8, n. 2, p. 354-405, jul. 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/antitrust/article/8/2/354/5819564>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *When Chilling Contributes to Warming: how competition policy acts as a barrier to climate action*. Paris: ICC, 2022. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/how-competition-policy-acts-as-a-barrier-to-climate-action/#:~:text=Businesses%20can%20need%20and%20want,competition%20law%20and%20encouraging%20greenwashing>. Acesso em: 16 jan. 2023.

KREIN. Contratos Associativos: na contramão da Lei nº 12.529. **Revista do IBRAC**, n.1, 2021. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153376/contratos_associativos_contramao_krein.pdf. Acesso em: 29 abr. 2023.

MARITI, P.; SMILEY, R. H. *Co-operative Agreements and The Organization of Industry*. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. **Acordo de Paris**. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/acordo-de-paris-e-ndc/arquivos/pdf/acordo_paris.pdf. Acesso em: 31 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Nova York: ONU, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 13 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO METEOROLÓGICA MUNDIAL. *State of the Global Climate 2022*. Genebra: OMM, 2023. Disponível em: <https://library.wmo.int/records/item/66214-state-of-the-global-climate-2022>. Acesso em: 25 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Cost-Benefit Analysis and the Environment: further developments and policy use: highlights*. Paris: OCDE, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/cost-benefit-analysis-and-the-environment-9789264085169-en.htm>. Acesso em: 26 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement – Note by Brazil*. Paris: OCDE, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm>. Acesso em: 4 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Environmental Considerations in Competition Enforcement*. Paris: OCDE, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm>. Acesso em: 4 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE, 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/brazil-competition.htm>. Acesso em: 21 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência*. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/brazil-competition.htm>. Acesso em: 21 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Sustainability and Competition*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

PAÍSES BAIXOS. *Authority for Consumers and Markets. Guidelines Sustainability Agreements: opportunities within competition law*. Haia: ACM, 2021. Disponível em: <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law>. Acesso em: 09 mai. 2023.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

REINO UNIDO. *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.* Londres: CMA, 2023. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/draft-guidance-on-environmental-sustainability-agreements>. Acesso em: 03 nov. 2023.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência**, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>. Acesso em: 29 abr. 2023.

SNOW, Chales C.; MILES, Raymond E. *Organizations: New Concepts for New forms*. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

SNOW, Chales C.; MILES, Raymond E.; COLEMAN, Henry J. *Managing 21st Century Network Organizations. Organizational Dynamics*. v. 20, n. 3, 1992. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/009026169290021E>. Acesso em: 06 out. 2023.

TABUCHI, Hiroko; DAVENPORT, Coral. *Justice Dept. Investigates California Emissions Pact That Embarrassed Trump. The New York Times*, Nova York, 06 set. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/09/06/climate/automakers-california-emissions-antitrust.html>. Acesso em: 28 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal Co-operation Agreements*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721(01)). Acesso em: 31 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2807%29>. Acesso em: 25 out. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52011XC0114%2804%29>. Acesso em: 24 out. 2023.