

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 1 - 2021

ISSN 1517-1957

PASSING ON DEFENSE: JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATUAL EM AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL

Luana Graziela Alves Fernandes

Resumo: A pesquisa propõe-se a analisar a jurisprudência brasileira envolvendo a *passing-on defense* (tese relacionada ao repasse do sobrepreço decorrente do cartel) em Ações de Reparação de Danos por Cartel. Por meio da análise de dez julgados mapeados, verificou-se que, atualmente, prevalece entendimento de presunção do repasse de sobrepreço decorrente de cartel em determinados mercados, sendo consignado que o ônus da prova de sua não realização cabe aos autores das ações de indenização. Além disso, foi possível notar que os julgadores ativeram-se a uma análise superficial dos possíveis danos decorrentes de cartel, sem aprofundar nas particularidades da economia antitruste.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência - Reparação de danos - Cartel - *Enforcement* privado - Efeito repasse

Key Words: Competition Law - Compensatory damages - Cartel - Private enforcement - Passing-On effect

1. Introdução

O instituto da responsabilidade civil aparece, no Direito da Concorrência brasileiro, como medida dissuasória e ressarcitória contra infrações da ordem econômica, com fundamento no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011. Tal dispositivo prevê que os prejudicados por uma conduta anticompetitiva, como o cartel, poderão ingressar em juízo para recebimento de indenização por perdas e danos (denominado de *enforcement* privado do Direito da Concorrência). As Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais (ARDCs), nesse sentido, possuem um caráter bidimensional em termos de justiça reparatória e como parte integrante da política antitruste brasileira com vistas a dissuadir condutas anticompetitivas (PEIXOTO, SILVA, 2018, p. 114).

Ocorre que, para fins de reparação civil, é necessária a mensuração de danos decorrentes da prática ilícita para a condenação, com o objetivo de evitar enriquecimento ilícito do autor. No entanto, esse é um dos maiores entraves para a propositura desse tipo de ação no Brasil. Por se tratar de um campo que envolve tentativas de representações estilizadas do mundo real (TITO, 2018), são diversas as propostas apresentadas por economistas para a realização desse cálculo.

Nesse sentido, um importante aspecto se revela no âmbito das ARDCs que tratam de cartéis: o repasse de sobrepreço, à cadeia produtiva ou ao consumidor final, por quem foi prejudicado diretamente pelo cartel (efeito repasse ou *pass-on*). Em razão do repasse integral ou parcial do sobrepreço, paira uma grande dúvida em relação ao legitimado para propor ação de indenização. Afinal, é possível argumentar que a indenização é devida (i) à empresa parte do processo seguinte da cadeia produtiva ou ao consumidor final, que absorveram o sobrepreço; ou (ii) à empresa que adquiriu diretamente o produto/serviço e foi prejudicada pelo aumento de preço de seus insumos.

Esta pesquisa buscará entender como os Tribunais brasileiros têm se posicionado em relação a esse assunto. A partir da pesquisa de jurisprudência nos sistemas de busca disponíveis, pretende-se identificar as ARDCs, ajuizadas desde a entrada em vigor da Lei nº 8.884/1994, em que julgadores tiveram a oportunidade de analisar as implicações do repasse de sobrepreço para a comprovação de prejuízos decorrentes de cartel.

O tópico 2 deste artigo expõe a metodologia de pesquisa e o panorama geral das ARDCs identificadas, enquanto o tópico 3 apresenta o resultado da análise dos julgados, especialmente no que se refere à presunção da ocorrência de repasse e seu impacto na avaliação de procedência dos pedidos dos autores. Por fim, o tópico 4 apresenta as conclusões finais.

2. As ações privadas de reparação de danos decorrentes da prática de cartel no judiciário brasileiro

2.1 Metodologia de pesquisa

Para a análise da jurisprudência atual envolvendo o *enforcement* privado de cartéis no Brasil, buscou-se levantar, mapear e sistematizar decisões do Poder Judiciário, publicadas até 30 de agosto de 2020, que envolvessem pedidos de indenização por prejuízos resultantes da prática de cartel, com fundamento na Lei nº 12.529/2011 e na antiga Lei nº 8.884/1994.

A pesquisa foi realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) e dos 27 Tribunais de Justiça estaduais (TJs) existentes. O levantamento dos casos se deu a partir das ferramentas de consulta pública de jurisprudência nos portais da internet de cada um dos tribunais, utilizando-se os termos de pesquisa “cartel e indenização”, “cartel e reparação” e “cartel e responsabilidade”. Os termos também foram buscados em sistemas de pesquisa de sentenças e decisões de primeiro grau, que somente estavam disponíveis nos portais do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) e do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO).

Além disso, a pesquisa tomou como base levantamentos de jurisprudência anteriores com o mesmo tema, realizados pelo IBRAC (2018) e por Giovana Vieira Porto (2018), a fim de analisar os casos identificados também nesses trabalhos.

Após o levantamento das ações reparatórias (i) nos sistemas de busca de jurisprudência de cada tribunal; (ii) no mapeamento realizado pelo IBRAC (2018); e (iii) no mapeamento realizado por Giovana Vieira Porto (2018), foi feita uma análise e filtro dos resultados para mapear as ações em que entes privados e indivíduos buscavam a reparação por danos decorrentes da prática de cartel, para os fins deste estudo.

Foram excluídas, nessa fase da pesquisa, ações ajuizadas pelo Ministério Público, ações civis públicas que não tinham como pedido a

reparação por danos materiais decorrentes do cartel e ações civis públicas de improbidade administrativa, tendo em vista que o objetivo do trabalho é analisar casos em que particulares buscam a reparação por danos materiais decorrentes de cartel que sofreram e as implicações do repasse de sobrepreço nessas ações. Pelo mesmo motivo, os protestos judiciais interruptivos de prescrição também não foram considerados no mapeamento.

Por fim, foi feita a análise quantitativa e qualitativa dos processos judiciais mapeados, por meio das decisões e acórdãos disponíveis ao acesso público. A partir da análise dos julgados, foram incluídos, no mapeamento deste estudo, os processos judiciais encontrados por meio do cruzamento de dados, ou seja, aqueles mencionados nas decisões e nos votos analisados que também tratavam do tema desta pesquisa, mas não apareceram nos resultados iniciais.

Relativamente à delimitação temporal, buscou-se identificar ações de reparação de danos por cartel ajuizadas desde junho de 1994, data em que a Lei nº 8.884/1994 - dispositivo legal que viabilizou uma política antitruste efetiva no Brasil (TODOROV, TORRES FILHO, 2012, p. 234) - entrou em vigor, a 30 de agosto de 2020, data da finalização deste estudo.

Vale destacar que, à semelhança das pesquisas anteriores mencionadas, diversas dificuldades foram enfrentadas ao longo da pesquisa para identificação e mapeamento das ações reparatórias por cartel. Dessa forma, não é esperado que a pesquisa tenha identificado todas as ações com o tema proposto já ajuizadas perante o Poder Judiciário brasileiro desde junho de 1994.

Uma das primeiras dificuldades enfrentadas foi a falta de um sistema de pesquisa de jurisprudência padronizado nos tribunais brasileiros. Cada tribunal possui um sistema próprio, não havendo uma uniformização nas expressões e ferramentas de pesquisa, o que prejudicou o resultado do trabalho.

Ademais, conforme mencionado, poucos TJs possuem plataformas para busca de sentenças e decisões de primeiro grau. Assim, é provável que existam diversas ações reparatórias por cartel, em que já

tenham sido proferidas sentenças e outras decisões de primeiro grau, que não foram localizadas.

Ainda, foram identificados processos em segredo de justiça, impossibilitando, em alguns casos, o acesso à sentença e decisões anteriores já proferidas para melhor compreender os pedidos das partes e os temas em debate. Para obter um resultado quantitativo mais próximo da realidade, foram incluídas no mapeamento ações que tramitam em segredo de justiça, quando foi possível constatar, a partir dos acórdãos e decisões disponíveis, que se tratavam, de fato, de ações reparatórias por danos de cartel (esse foi o caso de sete processos identificados).

É necessário ressaltar que a pesquisa se restringiu à análise das decisões publicadas em cada processo judicial, de primeiro e segundo grau, uma vez que os tribunais não disponibilizam ao público geral os autos integrais de cada processo. Portanto, não foi possível examinar de forma aprofundada os pedidos dos autores e o fundamento utilizado para requerer a indenização, bem como os argumentos apresentados pela parte contrária e resultados de perícias realizadas.

Por fim, é mister salientar que a pesquisa não tem o intuito de esgotar as discussões sobre o tema, que contém diversos pontos ainda a serem analisados por estudos futuros.

2.2 Panorama atual da jurisprudência brasileira

A partir da pesquisa realizada, foi possível identificar, ao todo, 49 ARDCs decorrentes de cartel (Anexo 1) ajuizadas por entes privados perante tribunais brasileiros, desde a entrada em vigor da Lei nº 8.884/1994.

Vale destacar que a pesquisa identificou a ocorrência de julgamento de mérito válido em 31 casos mapeados. Dentre eles, apenas dois foram julgadas procedentes e em um outro houve homologação de acordo celebrado pelas partes.

A tese de não comprovação de prejuízo decorrente do cartel dos autores da ARDCs, porque o sobrepreço teria sido suportado pelo

consumidor final (*passing-on defense*), foi abordada em dez diferentes ações, como será indicado no próximo tópico.

As decisões de mérito mapeadas apresentam temáticas interessantes para diversos estudos. No entanto, como o foco deste trabalho são as implicações do repasse de sobrepreço na análise judicial de pedidos de reparação de danos por cartel, o estudo foi limitado às discussões identificadas nas ARDCs mapeadas que tratam especificamente dessa questão.

3. As implicações do repasse de sobrepreço (*pass-on*) na análise judicial

Todas as ARDCs em que houve a análise do repasse de sobrepreço foram ajuizadas perante o TJSP, que abarca a maior parte das ações desse tipo já ajuizadas (aproximadamente 67% das ARDCs privadas mapeadas).

A alegação de que os autores das ARDCs não sofreram prejuízos, pois teriam repassado os sobrepreços do cartel aos seus consumidores, foi razão para a improcedência de oito diferentes ARDCs. Isso representa, aproximadamente, 28,57% dos processos julgados improcedentes que foram mapeados neste estudo.

Além disso, dentre esses oito processos identificados, (i) três já foram julgados pelo TJSP em apelação, que decidiu pela manutenção da sentença; (ii) dois transitaram em julgado sem que o TJSP, em exame de segundo grau, tenha se pronunciado sobre a reparação dos danos; e (iii) três ainda estão em andamento, pendentes de julgamento da apelação.

Em duas outras ARDCs, as implicações do repasse no caso concreto foram analisadas pelos julgadores, sem que houvesse a declaração de improcedência do pedido, como será indicado mais à frente.

3.1 ARDCs julgadas improcedentes com fundamento no repasse de sobrepreço do cartel aos consumidores finais

3.1.1 ARDCs envolvendo o mercado de cimento/concreto

O repasse de sobrepreço (*pass-on*) foi a fundamentação utilizada para a improcedência de seis ARDCs que tratavam de supostos danos decorrentes do cartel no mercado de cimento/concreto. Nesses casos, as autoras, empresas de construção civil, alegavam terem sido vítimas do suposto cartel de cimento e/ou concreto formado entre os anos de 1987 e 2007, cuja existência, segundo os autores, teria sido confirmada por decisão condenatória do CADE, devido à aquisição de cimento e/ou concreto com sobrepreço.

Na Ação Indenizatória nº 1076912-22.2017.8.26.0100, por exemplo, a autora alegou que a simples existência do cartel, supostamente confirmada pelo CADE, e a constatação do incremento indevido no valor do concreto e do cimento “acarreta a presunção de existência de danos (...), de modo que, em sendo a requerente consumidora regular de tais insumos, pagou importe supervalorizado”.

Nessas ações, as autoras requisitaram a realização de perícia para fixação, ainda em fase de conhecimento, do valor total supostamente devido pela ré. Não obstante, no geral, os casos contaram com julgamento antecipado da lide, porque, segundo os julgadores, “a comprovação da realização de obras no período, bem como a comprovação da aquisição dos insumos no período depende essencialmente de prova documental”. Além disso, foi apontado que a “hipotética liquidação dos prejuízos, pelos critérios metodológicos apurados pelo CADE, trata-se de questão a ser apurado em fase de liquidação da sentença”.

Quanto ao mérito, as decisões confirmaram a suposta formação de cartel pelas empresas réis, indicando que elas teriam gerado prejuízos econômicos à sociedade como um todo, ou seja, teriam gerado um dano difuso à coletividade. Foi indicado, contudo, que os danos causados pelo cartel não foram sofridos pelas autoras, individual e especificamente, não cabendo, portanto, reparação. Isso porque as autoras eram empresas do

ramo da construção civil, utilizando cimento e concreto como insumos básicos para a execução de suas obras de engenharia, cujos custos seriam distribuídos no valor dos serviços para fins de repasse ao consumidor final.

A título de exemplo, no voto condutor do acórdão da Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100, o Desembargador Relator apontou que:

Regra de experiência na atividade da construção civil, ademais por razões de sobrevida econômica do setor, custos com insumos básicos, dentre os quais tem decisiva relevância o cimento, são necessariamente considerados na formação dos preços, e, por isso, repassados ao mercado de consumo.

Como se nota, o repasse do sobrepreço da matéria-prima ao destinatário final da cadeia produtiva foi presumido pelo Juízo nesses casos, sendo definido que “caberia à autora comprovar e justificar que não repassou tal prejuízo ao consumidor final”. Foi, apontado, inclusive, que tal entendimento não se tratava “de mera cogitação, mas de constatação de como as coisas ocorrem na ‘normalidade’ da relação jurídica em questão”.

Ainda, na Ação Indenizatória por Perdas e Danos nº 1050042-37.2017.8.26.0100, o Juízo de primeiro grau destacou, ao fundamentar a análise de improcedência da ação, que as autoras não juntaram “documentos que comprovassem o custo das obras realizadas acima daquele efetivamente pago pelos contratantes dos serviços de construção”.

Além disso, vale destacar posicionamento externado na sentença prolatada na Ação de Indenização por Dano Material nº 1076944-27.2017.8.26.0100, no sentido de que, caso a autora houvesse internalizado os custos gerados pelo sobrepreço, “não o fez em virtude da prática da cartelização, eis que ensejou efeitos equânimes aos seus concorrentes, mas sim por estratégia mercadológica para a formação de preços mais vantajosos perante seus concorrentes”.

Foi possível observar, além do mais, uma aplicação analógica de precedente do STJ relativo à legitimidade para a repetição de indébitos,

quanto ao ICMS, em demanda de energia elétrica contratada e não utilizada. No julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303/SC, em regime de recursos repetitivos, a 1ª Seção do STJ decidiu que o consumidor final teria legitimidade para propor ação nesses casos, na medida em que é ele quem assume a qualidade de contribuinte de fato, enquanto a concessionária de energia elétrica atua apenas como intermediária do pagamento do imposto.

Nos julgados identificados, o Juízo considerou que tal precedente se amoldaria “perfeitamente no caso concreto”, devendo ser aplicada a mesma interpretação em face das empresas de construção civil.

3.1.2 ARDCs envolvendo os mercados de peróxido de hidrogênio e de frete de veículos novos

Interpretação semelhante à lógica adotada nos casos referidos acima envolvendo empresas de construção civil foi também aplicada no julgamento de ARDC envolvendo suposto cartel no mercado de peróxido de hidrogênio.

Na Ação Indenizatória nº 1047853-52.2018.8.26.0100, o Juízo da 39ª Vara Cível do Foro Central do TJSP considerou que, embora estivessem nítidos, em sua análise, os prejuízos econômicos causados à sociedade em razão da suposta formação de conluio, os danos não teriam sido sofridos pelas autoras. No caso, as autoras compunham grupo econômico de produção de tecido e acessórios, fazendo uso do peróxido de hidrogênio para descolorir e tratar os tecidos produzidos e buscavam a reparação por perdas e danos em razão da compra do insumo com suposto sobrepreço.

Na sentença, o Juízo apontou as seguintes conclusões:

(i) fixação de preços: O fato de terem pago a mais pelos insumos não implicam no fato de diminuição ou aumento da margem de lucro; Não é o menor indício de danos provocados na margem de lucro auferida pelas autoras;

(ii) fixação de quantidades: As requerentes fazem interpretação equivocada de redução de produção, eis que tal fixação de quantidade por cartelista tinha por objetivo forçar as adquirentes a buscar o mesmo produto da concorrente, implicando assim na distribuição equânime do mercado; De modo algum isso significa redução da produção, mas tão somente a busca da concorrente. Mesmo se ainda fosse, a autora não demonstrou a existência de redução da produção a partir do ano de 1995.

(iii) Divisão do mercado: O aprisionamento da autora em torno dos preços oferecidas pelas rés tratou-se de um fenômeno de mercado que atingiu todas as concorrentes do setor, motivo pelo qual não se verifica beneficiamentos individuais que porventura possam ter afetado sua margem de lucros a partir de 1995.

Por fim, em mais um caso julgado, a presunção do repasse de sobrepreço foi utilizada como argumento adicional para a improcedência do pedido. Trata-se da Ação Indenizatória nº 0149141-75.2009.8.26.0100, em que a autora alegava ter tido seus lucros diminuídos na venda de veículos, como concessionária, em razão do cartel do frete de veículos novos.

Na ARDC, a autora aduzia que a empresa ré, uma montadora de carros, havia colaborado com o suposto cartel do frete e, portanto, causado prejuízos à concessionária. Isso porque a montadora de carros, segundo a autora, exigia a filiação de todos os seus transportadores à associação que supostamente teria formado o cartel do frete.

No julgamento da apelação, a 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP manteve a sentença que julgou a ação improcedente sob o fundamento de ausência de provas de influência da ré na associação e, conseqüentemente, no suposto cartel. Além disso, o Desembargador Relator apontou que os prejuízos sustentados não se apresentaram evidentes, porque “tudo indica que foram os consumidores que arcaram com o aumento do preço”.

3.2 ARDCs nas quais não houve presunção de repasse de sobrepreço do

cartel aos consumidores finais

A despeito das decisões indicadas no tópico anterior, não é possível apontar a existência de uma posição já consolidada por parte do TJSP em relação à presunção do repasse de sobrepreço em ARDCs ajuizadas por empresas que utilizam o produto como insumo para fornecimento de produtos e serviços. Isso pois, em demais ocasiões, o Tribunal se manifestou de maneira diversa quanto ao assunto.

No julgamento da Apelação Cível nº 1050035-45.2017.8.26.0100, a 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, por unanimidade, deu provimento à apelação para anular sentença que julgou a ARDC improcedente com base na presunção de repasse do sobrepreço ao consumidor final. A Ação Indenizatória havia sido ajuizada por empresas do ramo da construção civil contra empresas que supostamente haviam participado do cartel de cimento/concreto.

Na ocasião do julgamento, o Desembargador Relator apontou a existência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide pelo Juízo de primeiro grau, o qual havia considerado que provas testemunhais e periciais seriam “meramente inócuas e protelatórias”.

O Relator destacou, em seu voto, a pouca expressividade de ARDCs no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, utilizou como fundamento ponderação da economista Fabiana Tito no sentido da existência de três principais fatores relacionados ao dano em casos de cartéis - o sobrepreço, o efeito repasse e o efeito quantidade - para considerar indispensável a produção de prova pericial com um economista ou econometrista *in casu*.

Vale destacar trecho do voto no qual o Relator aponta que a prova do repasse total do sobrepreço pelas autoras deveria ser comprovada pelos réus, em razão do disposto no artigo 373, II, do Código de Processo Civil:

(...) tenho como acertada a tese trazida no recurso de que houve presunção do Juízo do repasse em questão que, como visto, somente pode ser adequadamente aferido por meio de prova pericial sendo esse apenas um dos elementos a serem analisados para a comprovação da existência

ou não do dano. Além disso, o repasse total pelas autoras, se demonstrado, seria, de fato, uma causa extintiva do direito que estas afirmam ter, de forma que sua prova, nos termos do art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil, é ônus dos requeridos, devendo ser a eles, desde logo, atribuídos.

É importante fazer referência, ainda, ao julgado na Apelação Cível nº 0030899-82.2004.8.26.0602. Trata-se de Ação Ordinária de Rescisão Contratual cumulada com Reparação de Danos Material e Moral, na qual a autora pleiteou: (i) tutela antecipada para autorizar a rescisão judicial antecipada do contrato que havia celebrado com a empresa ré; (ii) ressarcimento pelo prejuízo causado por abuso de preço; (iii) indenização por dano moral; (iv) pagamento de multa contratual pela infração à cláusula contratual com a prática abusiva de preços.

Segundo a autora, a empresa ré teria participado de cartel no mercado de gases industriais para impor preços abusivos a seus clientes. A imposição dos preços abusivos teria sido supostamente realizada por meio de reajustes injustificáveis e sem aviso prévio no âmbito da relação comercial que detinha com a autora.

Em despacho saneador, proferido pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, restou consignado que o ponto controvertido mais relevante da lide referia-se ao inadimplemento contratual decorrente da prática abusiva de preços, sendo secundária a questão sobre a natureza dos produtos adquiridos, se insumos ou não para a autora. Além disso, foi determinada realização de prova pericial contábil, empreendida durante a instrução probatória do caso.

Em sentença, a ação foi julgada parcialmente procedente, sendo declarada a rescisão do contrato e a ré condenada ao pagamento de indenização por danos materiais. O Juízo considerou que a interpelação judicial e a prova pericial contábil comprovaram o inadimplemento contratual por parte da ré, em razão da prática abusiva de preços. Além disso, destacou que o fato de a autora não ser destinatária final do produto seria irrelevante para o deslinde da questão.

O Juízo de primeiro grau, no entanto, não se pronunciou sobre a comprovação da prática de cartel, analisando apenas a variação excessiva

do preço do produto. Quanto à metodologia de cálculo utilizada para calcular o valor devido, o acórdão utilizou a análise de cópias de notas fiscais para comparar os valores faturados pela autora com a variação do INPC/IBGE naqueles mesmos períodos.

Em julgamento da Apelação Cível, a sentença foi mantida integralmente pela 27ª Câmara de Direito Privado do TJSP.

Por fim, no julgamento da Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100, caso mencionado anteriormente que trata de supostos prejuízos decorrentes do cartel no mercado de cimento/concreto, a Desembargadora Relatora teve voto vencido, ao entender pelo provimento da apelação em virtude de suposto cerceamento de defesa contra a autora.

Naquela oportunidade, a Relatora indicou que a perícia financeira seria essencial para aferir a existência do dano. Ainda, destacou que:

parece inconcebível que uma lide desta natureza e complexidade, fulcrada em teses e fundamentos jurídicos totalmente atrelados a aspectos financeiros, por ambas as partes, tenha sido julgada sem a necessária dilação probatória no âmbito técnico pericial.

Como destacado anteriormente, a posição defendida pela Desembargadora Relatora não prevaleceu, sendo a ARDC julgada improcedente.

3.3 Análise superficial dos danos decorrentes de cartel

A partir do estudo realizado, verificou-se que não há um entendimento pacífico na jurisprudência quanto às suas implicações para a comprovação de prejuízos. O fato de todas as ações em que o tema foi endereçado terem sido julgadas somente por um Tribunal, o TJSP, prejudica a análise, tendo em vista que o posicionamento sobre determinadas matérias pode variar a partir da composição do Tribunal que o avalia. Contudo, há de se notar uma prevalência quantitativa da percepção de presunção do repasse para não conferir às autoras a indenização por danos materiais decorrentes da prática de cartel. Dentre as dez ARDCs analisadas que tratam especificamente do repasse de sobrepreço, em oito delas prevaleceu o entendimento de que cabe à parte autora comprovar que não

efetuiu o repasse total de sobrepreço para comprovar a ocorrência de dano.

Isso pode decorrer de duas razões: (i) a fundamentação dos autores pode ter se restringido ao argumento de que a reparação era presumida somente devido à compra de material com sobrepreço pela suposta existência de cartel, como na Ação Indenizatória nº 1076912-22.2017.8.26.0100, mencionada no tópico 3.1.1, sem desenvolvimento maior dos danos que podem ter sofrido; e/ou (ii) ausência de uma análise judicial aprofundada, por parte dos julgadores, em relação às particularidades da economia antitruste.

Quanto ao ponto (ii), foi possível notar a ausência de discussão, para verificação de danos, sobre o efeito quantidade (*volume effect*) nas ações analisadas, que decorre do repasse de sobrepreço do ilícito antitruste. De acordo com a teoria econômica, “qualquer aumento de preço que tenha por objetivo neutralizar o efeito sobre lucro de aumentos de custos de produção terá um impacto negativo sobre demanda e resultará em uma redução na quantidade vendida do produto” (SEPRAC, 2018, p. 78).

O efeito da quantidade, de acordo com a teoria econômica, varia a depender da abrangência do cartel, da elasticidade da oferta e da demanda. da estrutura de mercado e da importância do insumo no produto final (TITO, 2018, p. 277). Contudo, os julgadores se mantiveram a uma análise superficial dos possíveis danos decorrentes de cartel, sem aprofundar nas particularidades da economia antitruste. Como a pesquisa limitou-se à análise das decisões judiciais publicadas, não é possível afirmar se esse tema não foi abordado pelos autores das ações.

4. Conclusão

A partir da análise empírica realizada, foi possível notar que as discussões sobre a comprovação de prejuízos em ARDCs têm sido realizadas de maneira bastante superficial pelos Tribunais brasileiros. Em grande parte dos casos identificados, os julgadores restringiram-se à ideia de que as empresas só sofrem danos ao adquirir insumos com sobrepreço

de cartel se internalizam tais valores pagos a maior, desconsiderando qualquer outro tipo de possível prejuízo causado por cartéis, como o efeito quantidade.

Foi possível verificar até mesmo posicionamento no sentido de que, mesmo que a empresa tenha internalizado o sobrepreço, o fez por uma escolha mercadológica e, por isso, também não faz jus ao recebimento de indenização por perdas e danos.

Como se sabe, a literatura antitruste é formada tanto por aspectos jurídicos quanto por aspectos econômicos. Conforme destaca Fabiana Tito (2018, p. 284), na análise de ações de reparação, é essencial examinar aspectos econômicos, tais como a elasticidade da demanda e da oferta em relação a preços e custos; o grau de competição entre os concorrentes do mercado; e a importância do insumo sobre o produto final. Observou-se, no entanto, uma falta de interdisciplinaridade com a economia antitruste nos julgados analisados, o que demonstra uma necessidade de maior debate e estudo quanto ao tema junto ao Judiciário a fim de refinar o julgamento de ARDCs.

A ausência de um debate maduro e que leve em conta especificidades do antitruste gera, nesse sentido, um desincentivo ao ajuizamento de ARDCs. Tal fator se torna ainda mais grave levando em consideração demais dificuldades que já são enfrentadas, como os altos custos e riscos associados a um processo judicial e a incerteza quanto à prescrição a ser utilizada nesses casos (PEIXOTO, SILVA, 2018, p. 117).

Sobressai, desse modo, uma incongruência entre o fortalecimento de combate a cartéis realizado pelo CADE desde a edição da Lei nº 12.529/2011 e a hipotrofia de ARDCs no Brasil. Tal incongruência, inclusive, aparece como uma ameaça tanto à política antitruste brasileira quanto à concreção da justiça reparatória (PEIXOTO, SILVA, 2018, p. 113).

Por fim, destaca-se, conforme indicado no início deste estudo, que a pesquisa não teve como objetivo esgotar o debate sobre ARDCs no ordenamento brasileiro. Pelo contrário, identificou-se uma série de temáticas que necessitam de melhores estudos, no âmbito da academia e do Judiciário brasileiro, para tornar efetivas as disposições da Lei nº

12.529/2011, especificamente o artigo 47, relativas ao direito à reparação por danos causados por práticas concorrenciais ilícitas.

Referências bibliográficas

CADE. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado em 28 de maio de 2014.

CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos. Rio de Janeiro, 2011.

_____. Responsabilidade Civil Concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 21/2012 | p. 331-344, 2012.

CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DRAGO, Bruno de Luca. PEIXOTO, Bruno Lanna. (org.). A livre concorrência e os tribunais brasileiros. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 23.

EUROPEAN COMMISSION. Practical Guide - Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Strasbourg, 2013.

_____. Study on the Passing-On of Overcharges. Final Report. European Union, 2016.

EUROPEAN PARLIAMENT. Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions, assinada em 26 de novembro de 2014. Disponível em <<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>>. Acesso em 20 de maio de 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro de 2013.

FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. Saraiva, 2017.

_____. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. Revista do TST, v. 77, n. 4, out/dez 2011.

MAGALHÃES, Carlos Francisco; DIAS, Gabriel Nogueira; DEL DEB-BIO, Cristiano Rodrigo; MAGGI, Bruno Oliveira. O Cartel e seus efeitos no âmbito da Responsabilidade Civil. Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2010.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis. 2017. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18247>>. Acesso em 20 de julho de 2020.

MATION, Gisela Ferreira. As ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil. São Paulo – SP, 2008.

PEIXOTO, Brunno Lanna; SILVA; Ludmilla Martins. Ações reparatorias por danos concorrenciais: O contexto atual e os desafios para os próximos 5 anos. In Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11): 5 anos. IBRAC, 2017. p. 336

PORTO, Giovana Vieira. Reparação de danos por cartel no Brasil: o instituto da cessão de crédito como alternativa para maior efetividade. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 2018.

OECD. Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws. 2002.

SANTOS, Marcelo Rivera. Ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial: do termo inicial da prescrição. RDC, Vol. 3, nº 1, 2015, pp. 133-160.

_____. Ônus da prova na ação privada de ressarcimento civil derivada de conduta anticoncorrencial. Revista dos Tribunais, vol. 959/2015, p. 87-121, 2015.

SEPRAC. Cálculo de danos em cartéis. Guia prática para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Maio de 2018.

STJ. Recurso Especial nº 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Seção, julgado em 08 de agosto de 2012.

TITO, Fabiana. Desafios no Cálculo de Danos em ARDC's Decorrentes de Cartel. Disponível em <<https://www.tendencias.com.br/2018/10/31/desafios-do-calculo-dedanos-em-ardcs-decorrentes-de-cartel/>>. Acesso em 27 de maio de 2020.

_____. Danos em cartel, efeito repasse e as ações de reparação: uma abordagem econômica. Revista do IBRAC, nº 2, 2018.

TRF da 1ª Região. Apelação Cível nº 0049539-03.2010.4.01.3400, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 27 de abril de 2016.

TJDFT. Apelação Cível nº 0163141-17.2009.807.0001, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Silva Lemos, julgado em 9 de setembro de 2015.

TJRJ. Apelação Cível nº 0001118-22.2011.8.19.0066, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Augusto Alves Moreira Júnior, julgado em 22 de outubro de 2019.

TJSP. Ação de Indenização por Dano Material nº 1076944-27.2017.8.26.0100, 39ª Vara Cível do Foro Central Cível, Juíza Daniela Pazzeto Meneghine Conceição, julgado em 27 de abril de 2018, p. 10.

_____. Ação Indenizatória nº 1076730-36.2017.8.26.0100, 39ª Vara Cível do Foro Central Cível, Juiz Rodrigo de Abreu Rodrigues, julgado em 25 de setembro de 2019, p.10.

_____. Apelação Cível nº 1076730-36.2017.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Podestá, julgado em 29 de maio de 2019, p. 6.

_____. Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. para o Acórdão Des. Carlos Russo, julgado em 27 de novembro de 2019, p. 3.

_____. Ação de Indenização por Dano Material nº 1076912-22.2017.8.26.0100, 31ª Vara Cível do Foro Central, Juíza Mariana de Souza Neves Salinas, julgado em 7 de março de 2018, p. 8.

_____. Ação Indenizatória nº 1076834-28.2017.8.26.0100, 16ª Vara Cível do Foro Central Cível, Juiz Marco Antonio Barbosa de Freitas, julgada em 19 de janeiro de 2018.

_____. Ação Indenizatória por Perdas e Danos nº 1050042-37.2017.8.26.0100, 19ª Vara Cível do Foro Central, Juíza Camila Rodrigues Borges de Azevedo, julgada em 13 de março de 2018.

_____. Ação Indenizatória nº 1047853-52.2018.8.26.0100, 39ª Vara Cível do Foro Central, Juíza Daniela Meneghine Conceição, julgado em 30 de abril de 2020.

_____. Apelação Cível nº 0149141-75.2009.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Milton Paulo de Carvalho Filho, julgado em 25 de outubro de 2012.

_____. Apelação Cível nº 1050035-45.2017.8.26.0100, 7ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Miguel Brandi, julgado em 28 de agosto de 2019.

_____. Ação Ordinária de Rescisão Contratual cumulada com Reparação de Danos Material e Moral nº 0030899-82.2004.8.26.0602, 1ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, Juíza Adriana Faccini Rodrigues, julgado em 27 de junho de 2011.

_____. Apelação Cível nº 0030899-82.2004.8.26.0602, 27ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Campos Petroni, julgado em 9 de dezembro de 2014.

TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. *The Antitrust Bulletin*, vol. 57, n. 2, 2012.

VICENTINI, Pedro C. E. Dano antitruste aos compradores diretos e indiretos: breves considerações sobre o *pass-on effect* nos regimes norte-americano, europeu e brasileiro. Em: *A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial* / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

