



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Faculdade de Direito**

**Graduação em Direito**

**LUANA GRAZIELA ALVES FERNANDES**

***PASS-ON DEFENSE* NAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS DE CARTEL:  
A INCIPIENTE JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA FRENTE À EXPERIÊNCIA  
INTERNACIONAL**

**BRASÍLIA**

**2021**

LUANA GRAZIELA ALVES FERNANDES

***PASS-ON DEFENSE* NAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS DE CARTEL:  
A INCIPIENTE JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA FRENTE À EXPERIÊNCIA  
INTERNACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Ana de Oliveira Frazão

BRASÍLIA

2021

LUANA GRAZIELA ALVES FERNANDES

***PASS-ON DEFENSE* NAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS DE CARTEL:  
A INCIPIENTE JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA FRENTE À EXPERIÊNCIA  
INTERNACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília - UnB, como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Brasília, 22 de abril de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO – Orientadora

Doutora

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Doutor

FABIANA FERREIRA DE MELLO TITO

Doutora

PAULA FARANI DE AZEVEDO SILVEIRA

Mestre

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Ana Frazão, minha inspiração profissional, acadêmica e pessoal desde o início da graduação. A Professora Ana Frazão tem me orientado nas pesquisas que resultaram neste trabalho desde 2019 e, especialmente por isso, agradeço a oportunidade e o constante incentivo.

Meus sinceros agradecimentos ao Ministro Villas Bôas Cueva, à Conselheira Paula Farani e à Fabiana Tito, por gentilmente aceitarem o convite para comporem a Banca Examinadora deste trabalho. É uma honra poder contar com a preciosa experiência de cada um na avaliação e no aperfeiçoamento desta pesquisa.

Agradeço ao Daniel Costa Rebello, quem considero meu mentor profissional e responsável por despertar meu interesse na temática explorada na monografia. Em seu nome, também agradeço a todos os meus colegas de trabalho de Pinheiro Neto Advogados, onde aprendo dia após dia e tenho a oportunidade de dedicar-me ao Direito Concorrencial.

Por todas as sugestões que contribuíram para o resultado final deste trabalho, agradeço à Camila Sobrinho, à Giovanna Milanez, à Iausha Montezuma e ao Rodrigo Iglesias.

Agradeço ao João Marcos, por toda ajuda e todo incentivo e companheirismo durante a construção desta pesquisa e meu curso de Direito. Também não poderia deixar de agradecer às amigas e aos amigos que têm me acompanhado durante a graduação, sendo fonte de alegria e força para mim.

Este trabalho não seria uma realidade sem o apoio e o amor incondicionais de minha família. Ao meu irmão, Marcos Paulo, e a quem considero minha irmã mais velha, Larissa Alves, agradeço pelo constante afeto. Aos meus pais, Verônica e Lisboa, agradeço por, desde pequena, ter sido ensinada sobre o poder da educação e estimulada a buscar meu crescimento.

Por fim, agradeço a Deus, a quem devo todas as minhas conquistas.

## RESUMO

Este estudo propõe-se a analisar a jurisprudência brasileira em ações privadas de reparação de danos por cartel relativamente à *pass-on defense*, tese de defesa para afastar o dever de indenizar ou reduzir o montante devido pelos réus em razão de possível repasse do sobrepreço decorrente de cartel pelo autor da ação. Para uma análise comparativa, o estudo também objetiva apresentar a experiência internacional quanto ao tema, notadamente dos Estados Unidos e da União Europeia. Por meio da análise de onze processos mapeados em ampla coleta de dados, verificou-se que, atualmente, inexistente segurança jurídica no Brasil quanto ao alcance da *pass-on defense* nas ações de reparação. A pesquisa identificou três diferentes abordagens quanto às implicações do repasse de sobrepreço na responsabilização civil por danos de cartel, havendo uma prevalência da presunção do repasse de sobrepreço em determinados mercados, que afastaria o dever de indenização à parte lesada. Além disso, notou-se que a posição predominante atualmente no Brasil se distingue tanto do panorama norte-americano quanto do europeu.

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

## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the Brazilian case law in cartel damage claims involving the pass-on defense, a defense argument to rule out the duty to indemnify or reduce the amount due by the defendant on account of the passing-on of cartel overcharges by the plaintiff. For a comparative analysis, the study also aims to present the international experience on the subject, especially in the United States and the European Union. Through the analysis of eleven lawsuits mapped in an extensive data collection, it was found that, currently, there is no legal certainty in Brazil as to the repercussions of the pass-on defense in cartel damage claims. The research identified three different approaches regarding the implications of passing-on of overcharge in the private enforcement for cartel damages, with a prevalence of the presumption of passing-on in certain markets, which would rule out the duty to indemnify the injured party. Moreover, it was noted that the understanding current prevailing in Brazil differs from both the North American and the European outlook.

**Keywords:** Competition Law - Damages - Cartel - Private enforcement - Pass-on effect

## LISTA DE GRÁFICOS

<b>Gráfico 1</b> – Peso morto gerado em cenário hipotético de cartel.....	15
<b>Gráfico 2</b> – Efeito do aumento de preço em curva de demanda.....	28
<b>Gráfico 3</b> – Distribuição das ARDCs de natureza privada entre tribunais brasileiros .....	49
<b>Gráfico 4</b> – Resultados agregados dos julgamentos das ARDCs de natureza privada.....	50
<b>Gráfico 5</b> - Setores de mercado objeto de supostos cartéis tratados nas ARDCs.....	52
<b>Gráfico 6</b> - Posicionamento do TJSP a respeito da pass-on defense .....	54

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DE CARTEL E A TESE DA <i>PASS-ON DEFENSE</i> .....</b>	<b>13</b>
2.1. DANOS RELACIONADOS AO CARTEL E SUAS IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS 13	
2.1.1. O conceito de cartel e seus potenciais efeitos sobre o bem-estar econômico .....	13
2.1.2. Fatores que compõem os danos econômicos decorrentes de cartel .....	16
2.2. PANORAMA LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DE CARTEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	18
2.2.1. O cartel como um ilícito administrativo e penal .....	18
2.2.2. A responsabilização civil por danos decorrentes de cartel .....	20
2.2.3. Pressupostos para a responsabilização civil por danos de cartel .....	22
2.2.4. A necessidade de comprovação de danos para constituir o dever de indenizar e o princípio da reparação integral.....	23
2.3. POTENCIAIS CONSEQUÊNCIAS DO REPASSE DE SOBREPREÇO DECORRENTE DO CARTEL NAS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS: A <i>PASS-ON DEFENSE</i> .....	26
<b>3. EXPERIÊNCIAS AMERICANA E EUROPEIA SOBRE A <i>PASS-ON DEFENSE</i> NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS .....</b>	<b>30</b>
3.1. PANORAMA DOS ESTADOS UNIDOS .....	30

3.1.1. O <i>Clayton Act</i> e a doutrina dos <i>treble damages</i> : reparação em triplo por danos concorrenciais .....	30
3.1.2. As regras de amplo <i>discovery</i> : possibilidades para produção de prova .....	33
3.1.3. <i>Illinois Brick Doctrine</i> e repercussões estaduais atuais: ilegitimidade de compradores indiretos para obter reparação nos tribunais federais .....	34
3.2. PANORAMA DA UNIÃO EUROPEIA .....	37
3.2.1. O reconhecimento do direito à indenização por danos concorrenciais e a Diretiva 2014/104/UE .....	37
3.2.2. Iniciativas da Comissão Europeia para uniformização da análise judicial: Guia Prático de Quantificação dos Danos nas Ações de Indenização e <i>Passing-On Guidelines</i> .....	40
<b>4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ENVOLVENDO A <i>PASS-ON DEFENSE</i> EM AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL..</b>	<b>44</b>
4.1. METODOLOGIA DE PESQUISA .....	44
4.2. PANORAMA DAS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO .....	47
4.2.1. (Im)procedência dos pedidos iniciais das ações reparatórias .....	50
4.2.2. Setores de mercado dos supostos cartéis que foram objeto das ações reparatórias .....	52
4.3. IMPLICAÇÕES DO REPASSE DE SOBREPREÇO ( <i>PASS-ON</i> ) NA ANÁLISE JUDICIAL .....	53
4.3.1. Ações reparatórias julgadas improcedentes com fundamento na presunção de repasse de sobrepreço.....	55
4.3.2. Ações reparatórias nas quais foi apontada necessidade de prova pericial para comprovação de prejuízos.....	59
4.3.3. Ação reparatória na qual o suposto repasse foi considerado irrelevante para o deslinde da ação .....	61

4.4. JURISPRUDÊNCIA AINDA INCIPIENTE EM RELAÇÃO À <i>PASS-ON DEFENSE</i>	63
4.5. CONFRONTO DA ANÁLISE JUDICIAL BRASILEIRA COM OS POSICIONAMENTOS NORTE-AMERICANO E EUROPEU.....	65
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>
<b>APÊNDICE A – LISTA DE ARDCs IDENTIFICADAS.....</b>	<b>77</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo 47 da Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011<sup>1</sup> (Lei nº 12.529/2011, também conhecida como Lei de Defesa da Concorrência) prevê que os prejudicados por uma conduta anticompetitiva, como o cartel, poderão ingressar em juízo para recebimento de indenização por perdas e danos decorrentes da prática ilícita. Nesse contexto, o instituto da responsabilidade civil aparece, no Direito da Concorrência brasileiro, como medida dissuasória e ressarcitória contra infrações da ordem econômica e como parte integrante da política antitruste brasileira.

Para fins de reparação civil, é necessária a comprovação e mensuração de danos decorrentes da prática ilícita, a fim de se observar o princípio da reparação integral e, assim, evitar enriquecimento sem causa das partes. Por se tratar de um campo que envolve tentativas de representações estilizadas do mundo real (TITO, 2018a), a quantificação dos danos aparece como um entrave à reparação dos prejudicados por cartel (CASELTA, 2015).

Mais do que isso, em se tratando de Ações de Reparação de Danos Concorrenciais (ARDCs) especificamente em relação à prática de cartel, o possível repasse de sobrepreço à cadeia produtiva e/ou distributiva ou ao consumidor final por quem foi prejudicado diretamente pelo cartel (efeito repasse ou *pass-on*) surge como uma relevante tese de defesa dos réus a fim de se afastar ou reduzir a compensação impugnada. Isso porque, conforme aponta a teoria econômica, o repasse de sobrepreço deve ser descontado da parcela do dano direto e imediato (os chamados danos emergentes) na quantificação dos danos individuais potencialmente sofridos pelo prejudicado. Por outro lado, o repasse também poderá resultar na redução de vendas da empresa intermediária, fazendo surgir lucros cessantes.

Este trabalho busca entender, diante desse contexto, como os tribunais brasileiros têm se posicionado quanto ao eventual repasse de sobrepreço por suposto prejudicado de cartel. A partir da pesquisa de jurisprudência, pretende-se mapear e analisar as ARDCs em que julgadores tiveram a oportunidade de analisar as implicações de tal repasse, em âmbito estadual e federal, em decisões publicadas até 10 de fevereiro de 2021.

Em razão da experiência consolidada dos Estados Unidos da América (Estados Unidos) e da União Europeia em matéria de reparação civil de danos concorrenciais, o trabalho também

---

<sup>1</sup> “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

pretende apresentar o panorama legal e jurisprudencial de tais localidades quanto ao tema, a fim de que elas sejam contrapostas com o resultado encontrado a partir da análise empírica da jurisprudência brasileira.

Dessa forma, de modo a permitir uma compreensão abrangente quanto aos aspectos jurídicos e econômicos atinentes à reparação de danos por cartel, o capítulo 2 deste trabalho tem como objetivo (i) analisar a conduta de cartel com base em uma perspectiva econômica para identificar os potenciais efeitos resultantes da sua prática; (ii) examinar o dever legal de responsabilização civil por danos decorrentes de cartel no ordenamento jurídico brasileiro; e (iii) identificar os principais impactos do repasse de sobrepreço (*pass-on*) na quantificação dos danos individuais em ações reparatórias.

Em seguida, no capítulo 3, será delineada a disciplina de reparação de danos concorrenciais e a abordagem adotada em relação à *pass-on defense* no ordenamento jurídico dos Estados Unidos e no direito comunitário da União Europeia.

Por fim, no capítulo 4 deste trabalho, serão realizados o mapeamento e a análise da jurisprudência brasileira envolvendo a *pass-on defense* em ações privadas de reparação de danos por cartel. Neste capítulo, será apresentado um panorama geral de todas as ARDCs privadas mapeadas, incluindo um comparativo entre a quantidade de ações mapeadas em cada um dos tribunais brasileiros, os principais fundamentos identificados no julgamento dos processos e os setores de mercado dos supostos cartéis que foram objeto das ações reparatórias. Após, indicar-se-á os posicionamentos dos julgadores em relação ao argumento de repasse de sobrepreço nas ARDCs mapeadas que trataram diretamente da questão. Apresentado o quadro atual da jurisprudência, será feita uma breve análise crítica deste, bem como a comparação do panorama identificado com a experiência internacional.

## **2. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DE CARTEL E A TESE DA *PASSING-ON DEFENSE***

Este capítulo tem como objetivo apresentar os elementos jurídicos e econômicos relacionados à obrigação de indenizar danos decorrentes de cartel para uma compreensão abrangente do panorama jurisprudencial brasileiro quanto ao tema, especialmente no que se refere ao repasse do sobrepreço gerado pelo cartel. Inicialmente, no tópico 2.1, a conduta de cartel é analisada a partir de uma perspectiva econômica, com vistas a identificar os potenciais efeitos resultantes da sua prática, de acordo com a literatura antitruste. Em seguida, no tópico 2.2, examina-se o dever legal de responsabilização civil por danos decorrentes de cartel no ordenamento jurídico brasileiro. No tópico 2.3, por fim, são apontados os impactos do repasse de sobrepreço (*pass-on*) na quantificação dos danos individuais em ações reparatórias.

### **2.1. DANOS RELACIONADOS AO CARTEL E SUAS IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS**

#### **2.1.1. O conceito de cartel e seus potenciais efeitos sobre o bem-estar econômico**

Cartéis são, de maneira abrangente, “acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles” (FORGIONI, 2020, p. 353). São considerados pela doutrina concorrencial como a mais grave conduta colusiva entre concorrentes, dado que “não possuem nenhum propósito econômico legítimo e têm como única função expropriar os consumidores dos benefícios trazidos pelo bom funcionamento de um mercado competitivo” (FRAZÃO, 2017, p. 441).

De acordo com a definição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia que compõe, nos termos da Lei nº 12.529/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência<sup>2</sup>, o cartel é<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup> “Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei”.

<sup>3</sup> Vide: <<http://en.cade.gov.br/cade/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>.

qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível. Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores, tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros.

Vê-se, portanto, que o cartel “tem um efeito direto sobre o bem-estar econômico, à medida que, elevando compulsoriamente os preços ao comprador e reduzindo compulsoriamente os preços dos vendedores, transfere renda da sociedade para seus integrantes” (GABAN; DOMINGUES, 2009, p. 165).

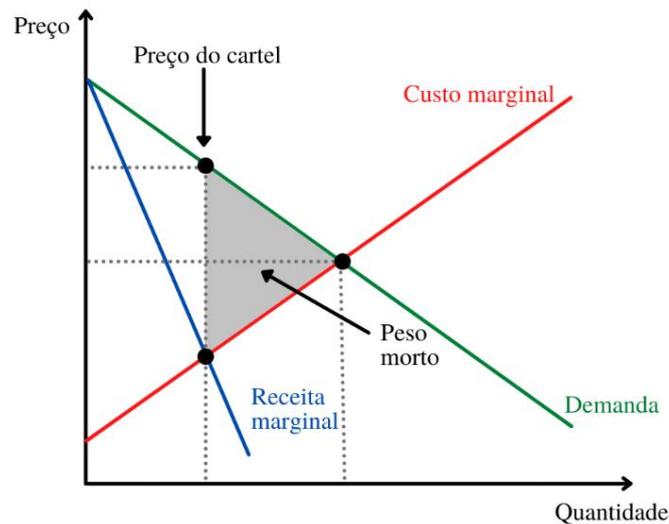
Conforme aponta a teoria econômica, dentre os potenciais efeitos da prática de cartel, além do aumento de preços, tem-se a diminuição da quantidade comercializada de bens e serviços e a redução da variedade e da qualidade do produto (TITO, 2018a). Nesse sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) aponta que “um cartel bem sucedido eleva o preço acima do nível competitivo e reduz a produção. (...) Além do mais, um cartel protege seus membros da exposição plena às forças de mercado, reduzindo as pressões dele para controlar custos e inovar” (OCDE, 2002).

Isso porque, em um mercado cartelizado, há a simulação de um comportamento de monopolista, tornando os preços dos produtos ou serviços mais altos e, conseqüentemente, reduzindo a oferta em comparação com uma indústria competitiva (TITO, 2018a).

Há, assim, uma perda do chamado “peso morto” para a sociedade, o qual consiste no somatório entre a perda do excedente do consumidor e a perda do excedente do produtor resultantes da prática de cartel. Em linhas gerais, o peso morto “se traduz pelos clientes que comprariam produtos vendidos pelo cartel se estivessem com o preço natural de mercado” (SANTOS, 2019, p. 32).

O gráfico abaixo simula o peso morto, ilustrado pela área hachurada, gerado por um cartel hipotético:

**Gráfico 1 - Peso morto gerado em cenário hipotético de cartel**



Fonte: Da autora, 2021.

John M. Connor e Robert H. Lande (2008) apontam que, além da transferência de renda entre consumidores e agentes cartelizados, o peso morto do cartel pode resultar em ineficiência da alocação dos fatores de produção. Ainda, os danos sociais do cartel podem envolver o *umbrella effect* ou “efeito guarda-chuva”, referente ao aumento reflexo de preços de produtos ou serviços de concorrentes que não fazem parte do cartel (CONNOR, LANDE, 2008)<sup>4</sup>.

Em resumo, conforme aponta Daniel Caselta (2015), os principais efeitos do cartel em uma economia de mercado seriam: (i) a transferência de renda dos consumidores aos cartelistas pelo aumento de preço artificial dos bens ou serviços; (ii) a redução da oferta no mercado; e (iii) os danos colaterais relacionados à redução da pressão competitiva, como a diminuição de qualidade e de inovação e o aumento de preços reflexo (efeito guarda-chuva).

---

<sup>4</sup> Em relação aos *umbrella effects*, Márcio Reis dos Santos (2019, p. 36) explica-os em termos econômicos da seguinte forma: “os compradores procuram alternativas aos produtos que se tornaram mais caros devido à existência do cartel. A mudança na demanda para produtos de não cartelistas pode fazer com que estes, aproveitando os preços superiores do cartel, também elevem seus preços. Os não cartelistas poderão – em determinadas circunstâncias – aumentar seus próprios preços sob o guarda-chuva do cartel, mesmo não fazendo parte da conspiração.

Como os cartéis normalmente aumentam os preços dos produtos ou reduzem as quantidades ofertadas, no aspecto da racionalidade econômica, isso gera a substituição dos produtos do cartel por outros de empresas que não fazem parte do conluio. O cartel pode afetar os preços praticados pelas empresas não cartelistas, que tendem a ser aumentados. Ainda que a definição de preços seja um ato de gestão interna empresarial, no aspecto racional, é mais cômodo para a empresa que não participa do cartel se orientar pelos valores praticados pelos conspiradores”.

### 2.1.2. Fatores que compõem os danos econômicos decorrentes de cartel

Em vista das múltiplas possibilidades de efeitos no mercado, as consequências decorrentes de cartéis “só podem ser inferidas, de forma imperfeita, a partir de estimativas econômicas altamente complexas” (FRAZÃO, 2017, p. 445).

A literatura antitruste considera que os danos econômicos advindos de cartel podem ser decompostos em três fatores: “(i) sobrepreço, ou seja, o preço adicional pago pelo comprador pelo insumo cartelizado, (ii) repasse de parcela do sobrepreço aos consumidores finais (*pass-on effect*), e (iii) perda na quantidade consumida (*output effect*)” (TITO, 2018a, p. 28).

Dentre esses três fatores, a principal medida do dano econômico é o sobrepreço (CONNOR, 2007), que “corresponde à diferença entre o preço cartelizado e aquele na ausência da conduta colusiva (*but for price*)” (TITO, 2018b, p. 273).

Calcular o montante do sobrepreço significa “em um contexto teórico, estimar qual seria o preço em um ambiente competitivo” (TITO, 2018b, p. 273), chamado de “contrafactual”. Dentre as diversas técnicas analíticas existentes para a construção do contrafactual, Fabiana Tito (2018b, p. 274) destaca as abordagens comparativa, financeira e baseada em estrutura de mercado:

- **Abordagem comparativa:** condições de mercado *but for* são usadas como referência, tais como comparação entre mercados cartelizados e não-cartelizados (comparações transversais); comparações de dados antes, durante e após o período do cartel (comparações temporais), bem como a combinação das duas comparações acima – comportamento dos preços ao longo do tempo e comparação com um mercado não-cartelizado no mesmo período – chamado modelo diferenças em diferenças).
- **Abordagem financeira:** uso de informações financeiras (por exemplo, taxas de retorno e informações de custos ou de margens), de acusados e de não acusados ou alguma referência de mercado, para estimar o contrafactual.
- **Abordagem baseada em estrutura de mercado:** por meio da combinação de modelos teóricos, premissas e estimações empíricas, pode ser avaliado o cenário contrafactual (*benchmark* de Cournot, Bertrand, etc). O objetivo é identificar os modelos teóricos que melhor se encaixem ao mercado relevante (e estimar o preço ou quantidade contrafactual) e realizar simulações de como estes mercados funcionariam na ausência de acordos entre empresas (cartel ou colusão).

Considera-se oportuno destacar que, de acordo com a OCDE (2002), seria possível estimar que os cartéis geram, em média, um sobrepreço de 10% e 20% do produto ou serviço. John M. Connor e Robert H. Lande (2008), por sua vez, identificaram uma média geral de 25%

de sobrepreço ao analisar centenas de estudos de estimativas de sobrepreço a respeito de 234 diferentes cartéis, ao todo. Na ocasião, os autores notaram uma notável disparidade entre as estimativas de sobrepreço referentes a cartéis domésticos e internacionais: uma média de 17-19% de sobrepreço para cartéis que afetaram mercados domésticos e 30-33% para cartéis internacionais. Como se vê, o sobrepreço tende a variar de forma considerável a partir das características da conduta específica a ser examinada.

As dificuldades para se estabelecer os danos gerados pelo cartel não param por aí. Embora o sobrepreço seja reconhecidamente o principal componente do dano econômico decorrente do cartel, a literatura da economia antitruste destaca que os efeitos repasse de sobrepreço (*pass-on effect*) e perda de vendas (*output effect* ou *volume effect*) não podem ser ignorados, especialmente quando o cartel ocorre em um elo a montante (*upstream*) da cadeia produtiva (TITO, 2018a). Nessa linha, Theon van Dijk e Frank Verboven (2007) demonstram que, a depender de características específicas dos mercados envolvidos no cartel, os efeitos repasse de sobrepreço e perda de vendas impactam de diferentes formas no dano total causado pelo cartel.

Como explica Fabiana Tito (2018b, p. 274), o “efeito repasse corresponde ao repasse (parcial ou total) do sobrepreço aos consumidores finais, que ocorre quando há um elo intermediário da cadeia”. A perda de vendas (*output effect*), por sua vez, “ocorre quando há repasse (total ou parcial) do aumento do custo do insumo (sobrepreço) para os consumidores finais, o que leva à diminuição das vendas totais” (TITO, 2018b, p. 275). Dessa forma:

O dano total (1 + 2 na 0) causado pelo cartel consiste no somatório da parcela sobrepreço (efeito direto) que é a vantagem auferida e a perda de vendas (efeito indireto da restrição de produção que reflete em menores compras pelos consumidores finais diante do preço mais alto) que corresponde à parte do peso morto. O efeito repasse é uma mera transferência entre agentes e, apesar de não ser relevante para o cálculo do dano total, visto que as parcelas se cancelam, ele é extremamente importante para o cálculo de danos dos consumidores (diretos e finais) em casos de ações legais (*class actions*) contra as empresas partícipes do cartel. Isto ocorre quando a fabricação de um produto envolve diferentes elos da cadeia produtiva, em que a firma intermediária a jusante (*downstream*), ao comprar o insumo da empresa fabricante cartelizada a montante (*upstream*), consegue repassar total ou parcialmente o sobrepreço para seus consumidores. (...).

Diante desse contexto, os consumidores intermediários podem não sofrer os danos do sobrepreço de forma integral, sendo que a parcela do dano obtida pelo sobrepreço precisa ser descontada do efeito repasse. (...). Lembrando sempre que, quando há efeito repasse, necessariamente há que se avaliar o efeito de perda de quantidade, caso contrário o dano pode acabar sendo subestimado.

Como se vê, o cálculo do dano do cartel não é tarefa simples, considerando a dificuldade de aferir com precisão os diferentes efeitos potencialmente gerados no mercado por

um conluio entre concorrentes (FRAZÃO, 2017). Contudo, isso não impede a responsabilização dos agentes envolvidos em tais condutas. No tópico seguinte, será indicado o panorama legal existente no Brasil para a responsabilização por danos decorrentes de cartel para que, a partir de então, seja possível analisar quais as implicações dos efeitos indiretos do cartel, notadamente o efeito repasse, na obrigação de indenizar.

## 2.2. PANORAMA LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DE CARTEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.2.1 O cartel como um ilícito administrativo e penal

Um dos princípios da ordem econômica consiste na livre concorrência, consoante define o artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>. Nesse sentido, a Constituição Federal apresenta uma vedação geral ao abuso de poder econômico em seu artigo 173, §4º (FRAZÃO, 2017), que preconiza: “[a] lei reprimirá o abuso de poder econômico, que vise à eliminação da concorrência, ao domínio de mercados e ao aumento arbitrário de lucros”.

Na esfera legal, a Lei nº 12.529/2011 – também chamada de Lei da Defesa da Concorrência – disciplina a repressão ao abuso de poder econômico em âmbito administrativo. O artigo 36 de tal Lei define o ilícito antitruste da seguinte forma:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:  
 I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;  
 II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;  
 III - aumentar arbitrariamente os lucros; e  
 IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A Lei nº 12.529/2011 lista, de forma exemplificativa, as possíveis condutas anticompetitivas sujeitas à sanção administrativa, dentre as quais está a prática de cartel. Nos

---

<sup>5</sup> “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: (...) IV - livre concorrência”.

termos do artigo 36, inciso III, da Lei de Defesa da Concorrência, a conduta de cartel é definida como qualquer forma de acordo, combinação ou ajustes entre concorrentes, a respeito (i) de preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (ii) da produção ou da comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; (iii) da divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; e/ou (iv) de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

É importante notar que, não obstante críticas da doutrina quanto a este entendimento<sup>6</sup>, a jurisprudência do CADE é no sentido de que a Lei de Defesa da Concorrência acolhe a responsabilidade objetiva para fins de punição de pessoas jurídicas na esfera do Direito Administrativo Sancionador (FRAZÃO, 2017).

Além disso, a responsabilização administrativa prescinde da comprovação da ocorrência do dano, bastando, nos termos do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, a potencialidade de produção de efeitos prejudiciais à concorrência. À vista dessa peculiaridade do ilícito antitruste, Paula Forgioni (2021, p. 148) aponta que:

não se aplica ao art. 36 a definição estrita de ato jurídico, tal como concebido pela doutrina do direito privado (...) pois as práticas serão vedadas ainda que não sejam consideradas jurídicas, que não produzam (ou possam produzir) qualquer efeito juridicamente relevante, qualquer obrigação. A doutrina especializada entende que até atos de efeitos meramente morais, desde que restritivos da concorrência, são vedados pela Lei Antitruste.

Em âmbito criminal, por sua vez, há duas leis que tipificam a conduta de cartel, a saber, a Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990 (Lei de Crimes contra a Ordem Econômica) e a Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações).

Nos termos do artigo 4º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990<sup>7</sup>, a formação de acordo,

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, Ana Frazão (2017, p. 261 e 263) defende que tal postura seja revista “por ser manifestamente incompatível com a Constituição Federal e com os princípios mais básicos do Direito Administrativo Sancionador. (...) [C]onsiderando que a infração antitruste apresenta tipicidade aberta e ainda pode ser uma infração de perigo – já que não precisa ter produzido efeitos –, unir tais aspectos a uma responsabilidade sem reprovabilidade seria conferir à autoridade antitruste um poder punitivo desmesurado e ininteligível, dando margem para o arbítrio. (...) A questão pode ser resolvida, portanto, com a interpretação do dispositivo legal em conformidade com os princípios constitucionais pertinentes, os quais exigem que apenas condutas ilícitas e reprováveis possam ser objeto de punição pelo Estado”.

<sup>7</sup> “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: (...)

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.

convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes com os objetivos de fixar preços e quantidades, alocar mercados ou controlar rede de fornecedores é punível com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Trata-se de crime de perigo, que não exige a efetiva lesão à concorrência para sua consumação (MARTINEZ, 2013).

A Lei nº 14.333/2021, que revogou a antiga Lei nº 8.666/1993<sup>8</sup>, tipifica o crime específico de cartel em procedimento licitatório em três diferentes tipos penais, com penas que variam entre três e oito anos de reclusão, além de multa. Anteriormente, a Lei nº 8.666/1993 previa penas que variavam de dois a seis anos de detenção e multa.

### 2.2.2. A responsabilização civil por danos decorrentes de cartel

Como um ato ilícito – e, nesse caso, tanto administrativo quanto penal, como se viu –, a responsabilização civil por danos decorrentes da prática de cartel enquadra-se na regra geral do Código Civil, prevista no artigo 927, que dispõe, em seu *caput*, o seguinte: “[a]quele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Reforçando o regime geral assegurado pelo Código Civil (CASELTA, 2015; PFEIFFER, 2013), a Lei nº 12.529/2011 dispõe de forma expressa sobre a possibilidade de ingresso em juízo por prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica para recebimento de indenização por perdas e danos sofridos:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização

---

<sup>8</sup> De acordo com Ana Paula Martinez (2013), havia na Lei nº 8.666/1993 três tipos penais que comportavam a prática de cartel: os artigos 90; 96 e 96, incisos I e V. A partir da promulgação da Lei nº 14.333/2021, os dispositivos equivalentes são os seguintes:

“Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

(...) V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa”.

por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Tércio Sampaio Ferraz Junior (2013, p. 21) defende que tal disposição da Lei de Defesa da Concorrência trata de um “estatuto jurídico próprio”, porque:

mesmo em sede de interesses individuais, **não são danos marcados pelo subjetivismo privatista enquanto danos resultantes do descumprimento de obrigação, contratual ou legal, e que tenha por causa o inadimplemento de obrigação contratual, o dever contratual de responder pelo risco ou dever legal de responder sem culpa**, sempre em termos denexo causal cujo núcleo é a ação subjetiva: consequência da conduta de quem o produziu<sup>9</sup>. Mas sim **danos resultantes de condutas em relações econômicas definidas diretamente pelo poder** (*exclusão e colusão*), ou porque as condutas *visam à* construção de situações de poder ou porque *se originam de* situação de poder e, em ambos os casos, os autores levam vantagem disso<sup>10</sup>. Ou seja, prejuízos cujo núcleo causal está não na *propriedade* (em sentido privatista de conduta individual e individualizável), mas na *competição* (em sentido de *interesse difuso: seus interesses individuais ou individuais homogêneos*), mas individualizados no agente econômico que os sofre. (destaque nosso)

Em razão disso, a indenização seria um “meio de tornar o prejudicado indene diante do uso abusivo de poder econômico” (FERRAZ JR., 2013, p. 21), a qual tem como objetivo proteger a própria “competitividade, a liberdade de escolha do prejudicado” (FERRAZ JR., 2013, p. 21).

Mais do que isso, o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 “viabiliza a aplicação dos princípios da lei concorrencial no âmbito da responsabilidade civil por cartel e outras práticas competitivas” (CASELTA, 2015, p. 86).

Vale dizer que os “prejudicados” mencionados em tal artigo, conforme aponta a doutrina, são todos aqueles que possam ter sofrido danos pelo ilícito antitruste, o que inclui: (i) empresas adquirentes; (ii) consumidores finais; e (ii) entes federativos e entidades da Administração Pública indireta, tais quais autarquias, fundações, empresas estatais e consórcios públicos (CASELTA, 2015).

O fato de a própria Lei de Defesa da Concorrência conferir legitimidade aos prejudicados para pleitearem indenização dos danos decorrentes de práticas anticompetitivas perante o Poder Judiciário demonstra que o *private enforcement* é um elemento relevante da “política antitruste brasileira enquanto instrumento de tutela dos direitos da coletividade” (PEIXOTO, SILVA, 2018, p.113). A responsabilização civil possui, assim, um caráter complementar à persecução pública, consistindo em um sustentáculo da política de combate a atos contra a ordem econômica no Brasil, dentre os quais se destaca o cartel (PEIXOTO, SILVA, 2018).

Como aponta Maurício Oscar Bandeira Maia (2020, p. 23), as demandas judiciais que buscam a respectiva reparação por danos individuais sofridos pela conduta anticoncorrencial conferem “maior poder de penalização do infrator da ordem econômica”, bem como aumentam “os riscos da tomada de decisões por parte de um agente econômico racional, ou seja, que busca o lucro em todas as suas decisões”.

O autor também destaca que um dos racionais jurídicos das ARDCs seria o de “propiciar a reparação do injusto, dando-se plenitude ao princípio da vedação ao locupletamento ilícito por parte do infrator, segundo o qual se repudia o enriquecimento ilegítimo de um às custas do empobrecimento indevido de outro” (MAIA, 2020, p. 34).

### **2.2.3. Pressupostos para a responsabilização civil por danos de cartel**

A doutrina concorrencial entende que os pressupostos mínimos para o surgimento da obrigação de indenizar em se tratando de condutas concorrencialmente ilícitas seriam: (i) ato ilícito, que consistiria na violação à Lei de Defesa da Concorrência; (ii) dano causado a outrem; e (iii) nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Sobre as três condições, Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2013, p. 24) explica:

No que se refere à primeira condição, a violação, no caso da conduta de cartel, está focada principalmente no falseamento da concorrência. Quanto à segunda, o dano é caracterizado, primariamente, por ser colocado o prejudicado direto (e não o consumidor enquanto prejudicado indireto) na situação concorrencial falseada, em que ele passa a traçar sua conduta competitiva como se o produto que adquire (ou, dependendo do caso, o serviço que lhe é prestado) e de que faz uso tivesse seu preço concorrencialmente estabelecido (livre mercado). O dano concorrencial cujo cerne é esse falseamento atinge o agente privado na sua própria atividade: o interesse difuso ofendido se individualiza no interesse privado no sentido de que o dano ao mercado se qualifica como dano ao concorrente. É esse dano – falsear a concorrência, donde enganar e agir enganadamente – que constitui o dano a ser verificado e provado. Não se trata de um problema de simples liberdade contratual e de conhecimento presumido do mercado de parte dos contratantes, mas falseamento das condições, de um lado, e dano decorrente, do outro. Daí a terceira condição: a relação causal exigida está na prova da conexão entre a violação da lei e a demonstração de que o agente prejudicado praticou seus preços por conta da conduta abusiva em suas específicas relações econômicas (vertical: cliente, horizontal: concorrente).

A existência de um ato ilícito é essencial para o surgimento da obrigação de indenizar, por consistir em uma “violação de um dever jurídico preexistente” (CAVALIERI FILHO, 2010,

p. 12). No caso de conluio entre concorrentes, a legislação brasileira expressa os requisitos para a caracterização da infração, conforme disposto no tópico 2.2.1 acima.

Apenas a prática do ato ilícito, contudo, não é suficiente para a configuração da responsabilidade civil. A existência de dano também deve ser comprovada, o qual, de modo geral, corresponde a uma “lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo consistir na perda ou danificação de uma coisa, ou na ofensa à integridade física, moral ou psíquica de uma pessoa” (BAPTISTA, 2003, p. 43-44). Por se tratar de elemento central da análise deste trabalho, o dano será aprofundado no tópico seguinte.

Por fim, é necessária uma “relação de causa e efeito entre o ato e o resultado danoso” (CASELTA, 2015, p. 104). Isso é dizer, tratando-se de cartel, é necessário que o dano imputado, tal qual o sobrepreço pago pelo produto ou serviço, seja decorrente do acordo entre concorrentes, e não de outras razões externas, como inflação, aumento de custos de produção ou aumento de tributos.

Mister salientar que, em relação à necessidade de comprovação de culpa, a doutrina brasileira corrente vai no sentido de a responsabilidade civil por danos concorrenciais ser hipótese de responsabilidade objetiva (CASELTA, 2015; FERRAR JR., 2013; PFEIFFER, 2013).

Daniel Costa Caselta (2015) defende, nessa linha, que o fundamento para tanto é a conjugação dos artigos 36 e 47 da Lei nº 12.529/2011, os quais dispõem, respectivamente, que a infração à ordem econômica ocorre “independentemente de culpa” e que o direito ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes de tais infrações é assegurado aos prejudicados.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2013, p. 15), na reparação civil de danos concorrenciais, “no lugar da culpa subjetiva ou da mera responsabilidade pelo risco entra a culpa social, donde a responsabilidade por desvio de finalidade como inerente à concorrência”.

#### **2.2.4. A necessidade de comprovação de danos para constituir o dever de indenizar e o princípio da reparação integral**

O traço distintivo da responsabilização civil em relação à administrativa compreende a necessidade de comprovação do prejuízo (PFEIFFER, 2013). Como visto anteriormente, a Lei nº 12.529/2011 prevê que apenas a potencialidade de efeitos lesivos à concorrência é suficiente para a sanção administrativa ao agente da conduta, não sendo necessária a comprovação de

efeitos da prática. Por outro lado, no caso das ações reparatórias por danos decorrentes de cartel, é essencial que haja a comprovação de efetivo dano para que surja o direito à indenização.

O dano é, assim, considerado “o elemento central da responsabilidade civil (...) sem o qual não se perfazer o dever de indenizar” (CASELTA, 2015, p. 111). Nas ARDCs, o autor deve comprovar a lesão a um bem ou interesse jurídico (CASELTA, 2015), além da prática do ilícito e do nexa causal, com o fim de que sejam atendidos os requisitos para constituir a obrigação de indenizar.

O prejuízo decorrente do ato ilícito pode ser tanto da ordem patrimonial quanto moral (PFEIFFER, 2013). Para os fins deste trabalho, o enfoque é dado aos danos patrimoniais – ou materiais –, que se dividem em danos emergentes e lucros cessantes, como previsto no artigo 402 do Código Civil, segundo o qual “[s]alvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Os danos emergentes representam aquilo o credor efetivamente perdeu, isto é, “as perdas efetivas sofridas pela vítima em razão da lesão, reduzindo o valor econômico de seus bens” (MAGGI, 2010, p. 147). Dessa forma, os danos emergentes compreendem o “impacto direto e imediato do ilícito antitruste sobre o patrimônio da vítima” (FRANCISCO, 2014, p. 81).

Os lucros cessantes, por sua vez, consistem naquilo que o prejudicado “razoavelmente deixou de lucrar”, nos termos do Código Civil. São o chamado “não-lucro” (MAGGI, 2010, p. 149).

Conforme aponta o artigo 944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Ou seja, “ela deve ser suficiente para ressarcir completamente o prejuízo (dano-prejuízo) resultante da lesão (dano-evento) sofrida pela vítima, mas não pode servir como fonte de enriquecimento indevido” (MAGGI, 2010, p. 178).

Tal dispositivo do Código Civil assinala o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), que visa à adoção de medidas para que o prejudicado retorne ao estado em que se encontrava antes do fato lesivo (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 859).

Em vista do princípio da reparação integral, o Judiciário, ao definir o montante da indenização, deve “calcular o exato dano sofrido, sob pena de estar criando uma situação de enriquecimento ilícito da vítima ou de ausência de reparação” (CARVALHO H., 2017, p. 58).

Disciplinado pelo Capítulo IV do Título VII do Código Civil, o enriquecimento sem causa (também chamado de enriquecimento ilícito pela doutrina) consiste em um “benefício patrimonial de determinado sujeito, em detrimento do patrimônio de outrem, sem causa jurídica que o justifique” (FRANCISCO, 2014, p. 95).

Com efeito, nas ações reparatórias por danos concorrenciais, é forçoso apurar o valor do dano devido para a indenização de forma a “restabelecer o equilíbrio destruído pelo dano e recolocar a vítima na situação que estava anteriormente” (PINHEIRO, TRAUTWEIN, 2020, p. 78).

A devida quantificação dos danos torna-se ainda mais relevante levando em consideração que a indenização nas ARDCs não trata apenas de medida de justiça reparatória, mas também “parte integrante da política antitruste estabelecida no País a partir do advento da Lei n. 8.884/1994 (...), elevando o poder dissuasório da atuação do CADE” (PEIXOTO, SILVA, 2018, p. 114). Assim, uma quantificação de danos que não seja capaz de efetivamente restabelecer o equilíbrio da relação entre o prejudicado e o agente praticante da conduta de cartel pode levar à “manutenção dos proveitos obtidos de modo ilícito pelos Réus” (PEIXOTO, SILVA, 2018, p. 125).

Especificamente em relação à prática de cartel, considerada, como visto, a mais grave conduta colusiva entre concorrentes, a reparação de danos aparece como “um elemento importante de uma política pública efetiva de combate a cartéis” (BURNIER, 2021, p. 80), ao complementar e reforçar o papel dissuasório da responsabilização administrativa e criminal.

Isso decorre especialmente da possibilidade de a compensação dos danos causados pelo cartel reforçar o empenho do Poder Público em “reverter os incentivos associados ao cartel, alterando a decisão do agente econômico antes da prática do ilícito” (PEIXOTO, SILVA, 2018, p. 115). Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2013, p. 25), “admitido que o montante da indenização seja razoável, a relação comutativa prejuízo/indenização no processo privado como base na lei antitruste é assimilada a prejuízo/pena”.

Disso surge a necessidade de se entender de que maneira os efeitos indiretos do cartel, notadamente o efeito repasse, podem influenciar no cômputo dos danos materiais sofridos pelo prejudicado e, conseqüentemente, quais as suas implicações nas ações de reparação de danos. Tal análise será feita no tópico a seguir.

### 2.3. POTENCIAIS CONSEQUÊNCIAS DO REPASSE DE SOBREPREÇO DECORRENTE DO CARTEL NAS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS: A *PASS-ON DEFENSE*

O princípio da reparação integral no âmbito da responsabilização civil estipula a necessidade de se considerar os reais danos provocados pela prática de cartel de forma a evitar o enriquecimento sem causa de quaisquer das partes. Em se tratando da prática de cartéis, o cômputo do montante dos danos aparece como um desafio substancial, em vista da dificuldade de estabelecer com precisão os efeitos da conduta (FRAZÃO, 2017) a partir de todas as variáveis e condicionantes econômicas envolvidas nestes casos.

Como foi possível observar no tópico 2.1.2, a quantificação dos danos econômicos causados pela conduta de cartel perpassa pela verificação e estimativa do (i) sobrepreço do bem ou serviço objeto de cartel; (ii) do efeito repasse (*pass-on*), se existente; e (iii) do efeito volume (*output effect*), quando há o repasse (TITO, 2018a). Para se identificar tais fatores é necessária a “mensuração da diferença entre (...) o cenário em que observamos a presença de cartel e a situação observada em um cenário hipotético, que se apresentaria na ausência de um acordo anticoncorrencial” (SEPRAC, 2018, p. 51), ou seja, é necessário construir um cenário contrafactual.

Embora o efeito *pass-on* seja apenas a transferência do sobrepreço entre agentes e, portanto, não seja relevante para o cálculo do dano total decorrente da prática de cartel (TITO, 2018a), “ele é extremamente importante para o cálculo de danos dos consumidores (diretos e finais) em casos de ações legais (*class actions*) contra as empresas participantes de cartel” (TITO, 2018a, p. 76).

A produção industrial atual é marcada por um “intenso processo de especialização das atividades econômicas (...). Daí por que, antes de um produto acabado chegar às mãos do consumidor final, é comum que ele tenha passado por diversas transformações ao longo da cadeia produtiva” (VICENTINI, 2018, p. 171). Nota-se, nesse contexto, a presença cada vez maior de complexas cadeias articuladas de comércio e investimentos que se caracterizam pela fragmentação da produção de peças, componentes e serviços, além da compra de matérias-primas e importação de bens intermediários (MORAIS, 2012).

Diante desse cenário, é natural que alterações relevantes no mercado a montante (*upstream*) possam se refletir no mercado a jusante (*downstream*). Com efeito, um aumento de

preço considerável de algum insumo utilizado em elos iniciais pode reverberar ao longo de toda a cadeia produtiva e/ou distributiva, chegando a atingir o consumidor final (VICENTINI, 2018).

Não seria diferente em casos de cartéis. É possível que uma empresa intermediária a jusante da cadeia produtiva repasse total ou parcialmente o sobrepreço de insumo adquirido de uma fabricante cartelizada a montante da cadeia (TITO, 2018a).

A título de exemplo, seria possível imaginar (de modo simplificado) a existência de um cartel entre fabricantes de aparelhos de televisão. Como, em geral, a venda dos aparelhos de televisão não ocorre diretamente da fabricante ao consumidor final, há empresas intermediárias que adquirem os produtos da fabricante para, então, revendê-los em determinada área geográfica. Havendo um aumento dos preços dos aparelhos de televisão na negociação entre fabricantes e distribuidores, é provável que esses distribuidores também apliquem o aumento de preço frente aos consumidores finais, de modo a não reduzir sua margem de lucro nas vendas individuais.

Em se tratando de reparação civil, entende-se que esse repasse de sobrepreço para um outro elo da cadeia produtiva e/ou distributiva ou mesmo ao consumidor final deve ser descontado da parcela do dano, haja vista que os adquirentes intermediários não teriam sofrido os danos do sobrepreço de forma integral (TITO, 2018a).

É justamente nesse contexto que surge a chamada *pass-on defense*. Conforme aponta a doutrina, “[t]rata-se de uma defesa processual dos cartelizadores, consistente na imputação aos autores (prejudicados diretos) de repasse aos consumidores (prejudicados indiretos) de eventuais sobrepreços (*overcharge*) praticados pelo cartel” (FERRAZ JR., 2013, p. 27).

Para André Marques Francisco (2014, p. 95-96), desconsiderar o repasse de sobrepreço nas ações de indenização caracterizaria enriquecimento sem causa, sendo esse, portanto, um fundamento material de defesa do réu:

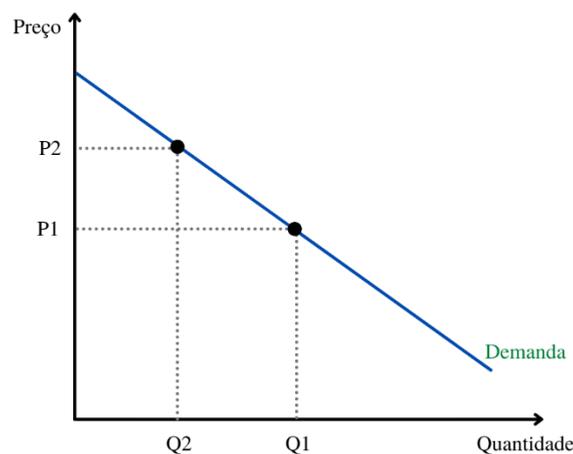
Na medida em que o comprador direto repassa integralmente o valor do sobrepreço imposto pelo infrator, já não mais poderá alegar a existência de dano caracterizado pelo aumento de seus custos; isso porque esse aumento de custo foi compensado com aumento de receita decorrente do repasse do sobrepreço (o que não significa que não poderá haver queda do volume de vendas e, no limite, queda de faturamento, que deverão ser tratados como lucros cessantes). Ausente o dano emergente, eventual cobrança contra o infrator correspondente ao valor do sobrepreço não conduziria à restituição das partes ao *status quo ante*, mas sim a uma situação de lucro injustificado do comprador direto – pois receberia em duplicidade a compensação pelo sobrepreço; uma vez por parte do comprador indireto; outra por parte do próprio infrator. Assim, permitir que o comprador direto, que repassou o sobrepreço pago aos consumidores indiretos, receba indenização no valor integral do sobrepreço caracterizaria manifesto enriquecimento sem causa (...).

Como mencionado no trecho acima, embora o repasse leve à redução do dano direto e imediato decorrente do sobrepreço (considerados como danos emergentes), ele também poderá resultar na redução de vendas da empresa intermediária e, conseqüentemente, de suas margens de lucro (chamados lucros cessantes)<sup>9</sup>.

No exemplo destacado anteriormente sobre hipotético cartel entre fabricantes de aparelhos de televisão, caso os distribuidores aumentem o preço dos produtos ofertados aos consumidores finais, é provável que, a depender das características do mercado, o volume de vendas dos distribuidores diminua. Isso porque, com o aumento de preços, menos consumidores estariam dispostos a comprar o produto.

O Gráfico 2 ilustra essa situação. Como é possível visualizar abaixo, quando o preço do produto aumenta de P1 para P2, a quantidade diminui (Q1 para Q2) no eixo horizontal:

**Gráfico 2 – Efeito do aumento de preço em curva de demanda**



Fonte: Da autora, 2021.

A literatura econômica indica, então, que, na presença do efeito repasse, “necessariamente há que se avaliar o efeito de perda de quantidade, caso contrário o dano pode acabar sendo subestimado” (TITO, 2018a, p. 76), na medida em que “o *pass-on* e o *output effect* têm efeitos opostos no cálculo do dano” (TITO, 2018a, p. 89)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> No mesmo sentido, aponta Pedro Vicentini (2018, 173): “Ao repassar esse sobrepreço, o comprador direto certamente reduzirá seu próprio dano direto e imediato, mas muito provavelmente experimentará uma redução em suas vendas e, conseqüentemente, nas margens de lucro associadas a essa diminuição das vendas. Esta perda, também conhecida como *volume effect*, representa lucros cessantes que o comprador direto perceberia, não fosse o aumento de preço causado pelo ilícito antitruste”.

<sup>10</sup> Não se pretende, no âmbito deste trabalho, debruçar-se sobre o ônus da prova quanto à ocorrência de repasse de sobrepreço, por se tratar de questão que demanda uma análise mais complexa do instituto aplicado às ARDCs.

Existem modelos quantitativos e econométricos para a quantificação dos efeitos repasse e volume, quando há dados disponíveis para tanto. Caso contrário, analistas também podem recorrer a evidências qualitativas para estimar os danos totais individuais (TITO, 2018a). Tais métodos analisam uma série de fatores que afetam o desconto aplicado ao sobrepreço em razão da *pass-on* e do *output effect*, tais como elasticidade de oferta e de demanda, grau de competição no mercado, importância do insumo no custo total, número de competidores afetados etc. (TITO, 2018a).

Nesse sentido, vale destacar que a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) publicou, em 2018, um guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos, que também apresenta técnicas quantitativas para mensuração de repasse de sobrepreço<sup>11</sup>. De acordo com a SEPRAC (2018, p. 13), o objetivo do manual é:

apresentar as práticas adotadas com maior frequência no caso concreto, de maneira simplificada e acessível, considerando três objetivos específicos: (i) detectar a presença de cartéis; (ii) mensurar o sobrepreço resultante do funcionamento de cartéis; (iii) mensurar o repasse desse sobrepreço ao longo da cadeia produtiva. (...) A expectativa é que este manual possa servir de auxílio no desenvolvimento das ainda incipientes ações – públicas, ou privadas – para reparação de danos causados por cartéis no Brasil.

Como se percebe, a multidisciplinaridade entre o Direito e a Economia não pode ser ignorada no estudo de temas concorrenciais, especialmente em se tratando da quantificação de danos para a reparação civil. Neste trabalho, após a análise da experiência internacional, notadamente dos Estados Unidos e da União Europeia, em relação à reparação de danos por cartel, busca-se examinar a jurisprudência nacional a fim de verificar se os aspectos jurídicos e econômicos têm sido analisados em conjunto pelos julgadores.

---

<sup>11</sup> Disponível em <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-contudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis/view>. Acesso em 30 de março de 2021.

### 3. EXPERIÊNCIAS AMERICANA E EUROPEIA SOBRE A *PASS-ON DEFENSE* NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS

Neste capítulo, será apresentada a disciplina de reparação de danos concorrenciais e a abordagem adotada em relação à *pass-on defense* no ordenamento jurídico dos Estados Unidos e no direito comunitário da União Europeia. Conforme a doutrina reconhece, a experiência dos Estados Unidos e da União Europeia neste tema é relevante em vista do seu forte e estabelecido “empenho teórico e prático (...) em estabelecer um relacionamento eficaz entre prejuízo à concorrência e danos privados” (FERRAZ JR., 2013, p. 13). Dessa forma, é relevante compreender o contexto internacional atual para avaliar o panorama jurisprudencial brasileiro, como será feito no capítulo 4, em seguida.

#### 3.1. PANORAMA DOS ESTADOS UNIDOS

##### 3.1.1. O *Clayton Act* e a doutrina dos *treble damages*: reparação em triplo por danos concorrenciais

De acordo com a doutrina americana (LANDE, DAVIS, 2008), um dos objetivos do sistema legal concorrencial dos Estados Unidos é o de compensar as vítimas, evitando transferência de renda ilegítima para empresas com poder de mercado que participem de condutas ilegais. Ainda, o *private enforcement* tem o papel de desencorajar condutas que violam a legislação antitruste, o chamado efeito *deterrence* (LANDE, DAVIS, 2008).

A possibilidade de reparação pelos danos sofridos por conduta anticoncorrencial está prevista no *Clayton Act*, lei aprovada pelo Congresso Americano em 1914 com o objetivo de reforçar o quadro legal antitruste inaugurado anteriormente pelo *Sherman Act*. A legislação assim dispõe, em sua Seção 4, 15 U.S.C.S. § 15:

(...) qualquer pessoa que tenha sofrido danos em seus negócios ou propriedade em razão de qualquer prática proibida pela legislação antitruste pode ajuizar ação por essa razão em qualquer tribunal distrital dos Estados Unidos, no distrito em que o réu reside ou pode ser encontrado ou onde possui um agente, independentemente do valor em

controvérsia, devendo ser ressarcido pelo triplo dos danos sofridos e pelas custas do processo, incluindo honorários advocatícios razoáveis.<sup>12</sup>

Embora o dispositivo tenha uma linguagem aberta, os tribunais americanos têm formado um abrangente rol de precedentes, desde sua publicação, com o objetivo de estabelecer parâmetros objetivos mais restritos para sua aplicação. Criou-se, então, o entendimento de que uma mera violação anticoncorrencial genérica não sustenta uma ação privada, sendo necessário um dano específico à parte para que haja direito à indenização (WRIGHT, 1967).

Nessa mesma linha, os tribunais reconheceram que a causa da ação judicial deve ser pessoal em relação ao requerente e não apenas uma lesão sofrida pelo público de forma geral. Mais do que isso, é necessário que a suposta conduta ilícita tenha gerado prejuízos a um negócio em atividade, excluindo, portanto, situações nas quais haveria uma mera expectativa ou esperança de um futuro negócio, frustradas por uma suposta conduta anticoncorrencial (WRIGHT, 1967).

Por fim, nota-se que a jurisprudência americana indica a necessidade de a lesão ser causada diretamente em razão da violação concorrencial, havendo uma relação próxima entre o autor e o réu, o que leva à discussão da *pass-on defense*, que será abordada no próximo tópico (WRIGHT, 1967).

Um dos aspectos mais relevantes da legislação americana quanto à indenização por danos concorrenciais refere-se à reparação dos danos em triplo, conhecida como a doutrina dos *treble damages*, que possibilita que o Judiciário determine a indenização do autor em até três vezes o dano concorrencial causado. A doutrina dos *treble damages* impulsionou de forma relevante a quantidade de ações privadas ajuizadas nos Estados Unidos (PFEIFFER, 2010). Esse, inclusive, foi um dos motivos para que, até os dias de hoje, a aplicação do direito antitruste ocorra predominantemente por meio de ações privadas nos Estados Unidos (CASELTA, 2015).

No julgamento do caso *Reiter v. Sonotone Corp.* (1979), a Suprema Corte dos Estados Unidos destacou que o *Clayton Act*, ao prever a indenização civil por danos em triplo, permitiu uma significativa complementação de *enforcement* das leis antitruste, em vista da limitação dos recursos financeiros e humanos disponíveis ao Departamento de Justiça americano

---

<sup>12</sup> Tradução Livre de: “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee”.

(*Department of Justice - DOJ*) para investigação de casos de cartel e demais práticas anticompetitivas<sup>13</sup>.

Segundo Herbert Hovenkamp (2008), seria possível estimar que aproximadamente 95% dos casos que envolvem Direito Concorrencial julgados nos Estados Unidos sejam movidos por particulares. Entre 2006 e 2009, mais de quatro mil ações privadas relacionadas a danos concorrenciais foram ajuizadas apenas em âmbito federal nos Estados Unidos (LOGMAN, OSTOYICH, 2010). Em se tratando especificamente de cartéis, em diversos casos, a indenização total obtida pelos consumidores em ações privadas excede as multas impostas pelo Estado, conforme aponta a OCDE (2015).

Não obstante a doutrina dos *treble damages* tenha sido um elemento central da política concorrenciais nos Estados Unidos, a própria potência dessa solução jurídica tem sido alvo de críticas por tribunais e pela doutrina americana (CAVANAGH, 2010).

Para os críticos, muitas ações são ajuizadas por concorrentes com intenções oportunistas, isto é, apenas com o objetivo de prejudicar concorrentes, ao aumentar o custo de rivais por meio do litígio (PFEIFFER, 2010). De acordo com Arthur D. Austin (1978), haveria incentivos para o ajuizamento de processos judiciais sem fundamento, porque (i) o propósito da ação judicial seria intimidar o réu no exercício de seus instintos concorrenciais; (ii) os custos decorrentes do ajuizamento da ação seriam compensados pela conseqüente suavização do ambiente competitivo na qual a autora esteja inserida, na medida em que a gestão das empresas costuma enxergar ações concorrenciais como um risco sensível; (iii) seria relativamente fácil desenvolver uma lógica plausível para o litígio, levando em consideração a generalidade das regras legais antitruste americanas e a vasta gama de precedentes; e (iv) em razão da complexidade da matéria, os tribunais americanos seriam relutantes em indeferir sumariamente o caso ou conceder um julgamento antecipado.

Leon B. Greenfield e David F. Olsky (2007) também apontam que as Cortes americanas historicamente têm adotado uma posição mais benéfica para autores no que diz respeito à comprovação da teoria do dano e ao cálculo da indenização indevida.

Até o início dos anos 2000, uma das críticas mais contundentes ao sistema de reparação tripla era de que ele diminuía os incentivos para o programa de leniência, tendo em vista que a empresa passaria a estar sujeita a potenciais demandas de indenização em valores significativos ao relatar de forma voluntária a conduta praticada (PFEIFFER, 2010).

---

<sup>13</sup> Caso *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979), voto do Chief Justice Burger.

Em vista dessa problemática, em 2004, o Congresso Americano aprovou o *Antitrust Penalty Enhancement and Reform Act*, que buscou incentivar a cooperação entre o Estado e entes privados no combate a condutas anticoncorrenciais por meio da celebração de acordos de leniência. A referida Lei passou a prever que a reparação civil, no caso de uma cooperação satisfatória com o agente praticante da conduta anticoncorrencial, poderia ser reduzida apenas ao montante do prejuízo causado, ao invés do triplo do valor dos danos causados. Como programado em seu texto original, a lei expirou em junho de 2020. Entretanto, com a aprovação do *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Permanent Extension Act*, no final de 2020, a legislação tornou-se permanente, cancelando seu prazo de expiração.

### 3.1.2. As regras de amplo *discovery*: possibilidades para produção de prova

Um dos aspectos emblemáticos do contexto processual dos Estados Unidos é a adoção de regras de amplo *discovery*, que permite às partes acesso a diferentes formas de produção de prova antes do ajuizamento da ação reparatória ou durante o curso do processo, conforme estabelecido no *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) (LEMOS, 2017). Dentre as possibilidades de produção de prova ao alcance das partes está a de obter informações e documentos que estejam na posse da outra parte ou de terceiros e sejam considerados relevantes para o deslinde da causa. Não há nem mesmo limites geográficos para os pedidos de *discovery* (SHEARMAN & STERLING, 2018).

Conforme a Regra 26 (b) (1) da FRCP, uma parte pode obter o *discovery* a respeito de:

qualquer assunto não privilegiado que seja relevante para a pretensão ou defesa de qualquer parte e proporcional às necessidades do caso, considerando a importância das questões em causa na ação, o valor envolvido na controvérsia, o acesso relativo das partes à informação relevante, os recursos das partes, a importância da descoberta na resolução das questões, e se o ônus ou os custos do *discovery* proposto supera o seu provável benefício.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Tradução livre de: “any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.”

Isso inclui a cópia de todos os documentos ou coisas tangíveis que a parte tenha em sua posse, custódia ou controle, incluindo documentos que indicam a natureza e a extensão dos danos sofridos; e o nome e informações de contato, se possível, de quaisquer indivíduos que tenham informações relevantes sobre o mérito da ação, conforme aponta a Regra 26(a) (1) (A) da FRCP<sup>15</sup>. Ademais, é possível obter interrogatórios escritos, depoimentos, informações produzidas por terceiros e avaliações de peritos (OCDE, 2015).

Uma relevante exceção para as regras de amplo *discovery* refere-se aos documentos produzidos no contexto de um acordo de leniência celebrado com autoridades. De acordo com a Política de Leniência do DOJ, a identidade dos lenientes e as informações e os documentos compartilhados são considerados confidenciais, a não ser quando ordenado diretamente por um tribunal (DOJ, 2017). Na prática, são raras as decisões judiciais que determinam a quebra da confidencialidade de documentos obtidos no curso de uma negociação de acordo de leniência (POZEN *et al.*, 2019).

### **3.1.3. *Illinois Brick Doctrine* e repercussões estaduais atuais: ilegitimidade de compradores indiretos para obter reparação nos tribunais federais**

Como referido, uma das exigências estabelecidas pela jurisprudência americana para a reparação por dano concorrencial é a existência de uma relação próxima entre o prejudicado e o causador do dano (CASELTA, 2015). Essa doutrina foi estabelecida a partir do precedente *Illinois Brick Co. v. Illinois*<sup>16</sup>. Nesse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que consumidores indiretos de uma empresa cartelista não teriam direito à reparação de danos, ainda

---

<sup>15</sup> Tradução livre de: “(a) Required Disclosures. (1) *Initial Disclosure*. (A) *In General*. Except as exempted by Rule 26(a)(1)(B) or as otherwise stipulated or ordered by the court, a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties: (i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information—along with the subjects of that information—that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment; (ii) a copy—or a description by category and location—of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment; (iii) a computation of each category of damages claimed by the disclosing party—who must also make available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and (iv) for inspection and copying as under Rule 34, any insurance agreement under which an insurance business may be liable to satisfy all or part of a possible judgment in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment”.

<sup>16</sup> Caso 431 U.S. 720 (1977).

que o consumidor direto do bem ou serviço houvesse repassado o sobrepreço decorrente do cartel na cadeia de produção e/ou distribuição.

A referida ação foi ajuizada pelo Estado de Illinois e por setecentas entidades governamentais locais em face de fabricantes de blocos de concreto, em razão de uma suposta fixação de preço ilegal do produto. No caso, os autores da ação eram consumidores indiretos dos blocos de concreto, que eram repassados por dois níveis na cadeia produtiva antes de serem por eles adquiridos. As empresas fabricantes produziam e distribuíam blocos de concreto para empreiteiras de alvenaria, que, por sua vez, utilizavam o produto para construir estruturas de alvenaria. As empreiteiras incorporavam as estruturas de alvenaria em edifícios, os quais, por fim, eram adquiridos pelos autores da ação.

Anteriormente, no caso *Hanover Shoe*, a Suprema Corte havia estabelecido que, em geral, o adquirente direto do produto com sobrepreço tinha direito à indenização em triplo pelos danos sofridos, ainda que houvesse repassado o sobrepreço total ou parcialmente na cadeia de produção ou de distribuição. Assim, seria irrelevante a apresentação, pelo réu, de evidências de que consumidores indiretos teriam sido os prejudicados pela prática, em função do repasse de sobrepreço, para afastar seu dever de indenizar.

Aplicando os princípios estabelecidos em *Hanover Shoe*<sup>17</sup>, a Suprema Corte reiterou o entendimento de que o comprador direto era quem teria direito à indenização prevista na Seção 4 do *Clayton Act*, independentemente de ter repassado o sobrepreço resultante da prática de cartel. Os fundamentos para tanto foram da ordem pragmática. Na ocasião, o *Justice White* apontou que “[s]e uma teoria de *pass-on* não pode ser usada de forma defensiva por um infrator da lei antitruste (réu) contra um comprador direto (autor), essa teoria não pode ser usada de forma ofensiva por um comprador indireto (autor) contra um suposto infrator (réu)”<sup>18</sup>.

O principal racional da Suprema Corte foi o de que aceitar a teoria de *pass-on* nas ações reparatórias iria resultar em novas dimensões de complexidade para tais processos judiciais, diminuindo sua eficácia. Isso porque haveria a necessidade de fazer complexos ajustes econômicos na cadeia de produção e/ou de distribuição do produto para se aferir o sobrepreço havido em cada nível. Além disso, permitir a tese de *pass-on*:

transformaria as ações de *treble damage* em esforços maciços para dividir a indenização entre todos os possíveis demandantes que poderiam ter absorvido parte

---

<sup>17</sup> Caso *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

<sup>18</sup> Tradução livre de “If a pass-on theory may not be used defensively by an antitrust violator (defendant) against a direct purchaser (plaintiff), that theory may not be used offensively by an indirect purchaser (plaintiff) against an alleged violator (defendant).”

do sobrepreço - de compradores diretos a intermediários e consumidores finais (...). Somada à incerteza de quanto do sobrepreço poderia ser identificado no julgamento, estaria a incerteza de como esse sobrepreço seria repartido entre os vários demandantes. Esta incerteza adicional reduziria ainda mais o incentivo para processar. A combinação do aumento dos custos e da difusão dos benefícios de uma ação de *treble damage* poderia prejudicar seriamente esta importante arma de aplicação da lei antitruste.<sup>19</sup>

Embora a tese estabelecida nos casos mencionados permaneça até os dias de hoje nos tribunais federais americanos, ela não tem sido imune de críticas. Herbert Hovenkamp (2008), a título de exemplo, defende que, embora seja impossível calcular o sobrepreço absorvido pelo agente intermediário da cadeia em uma ação judicial, calcular o dano sofrido pelo consumidor, no geral, não requer o cálculo do *pass-on*.

Inclusive, o precedente passou a ser neutralizado em diversos estados americanos por meio da publicação de leis estaduais que conferiram legitimidade para que compradores indiretos pudessem pleitear indenização pelos danos sofridos (CASELTA, 2015).

Em parecer enviado ao Presidente e ao Congresso dos Estados Unidos, em 2007, a chamada *Antitrust Modernization Commission* (Comissão para Modernização do Direito Antitruste) apontou que, como resultado da publicação de leis estaduais que impediam a aplicação da doutrina *Illinois Brick* em cortes estaduais, haveria uma confusão de litígios em diversos tribunais federais e estaduais relacionados a uma única alegada conduta ilegal. Assim, as partes prejudicadas seriam tratadas de forma distinta dependendo de onde residiam e os réus seriam processados pelos mesmos fatos em múltiplas jurisdições (ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, 2007).

Recentemente, a Suprema Corte americana teve a oportunidade de revisitar a doutrina *Illinois Brick* no caso *Apple v. Pepper et al.*<sup>20</sup>, julgado em maio de 2019. Na ação, quatro proprietários de aparelhos celulares processaram a fabricante por supostamente monopolizar de forma ilegítima o mercado de vendas de aplicativos para os celulares. A fabricante, em sua defesa, sustentou que os proprietários dos aparelhos celulares não poderiam pleitear indenização por serem compradores indiretos dos aplicativos. A Suprema Corte americana, contudo, afirmou que os autores eram compradores diretos, pois adquiriam os aplicativos

---

<sup>19</sup> Tradução livre de “would transform treble damages actions into massive efforts to apportion the recovery among all potential plaintiffs that could have absorbed part of the overcharge -- from direct purchasers to middlemen to ultimate consumers (...). Added to the uncertainty of how much of an overcharge could be established at trial would be the uncertainty of how that overcharge would be apportioned among the various plaintiffs. This additional uncertainty would further reduce the incentive to sue. The combination of increasing the costs and diffusing the benefits of bringing a treble damages action could seriously impair this important weapon of antitrust enforcement”.

<sup>20</sup> Caso 139 S. Ct. 1514 (2019).

diretamente da fabricante no sistema dos celulares e, por isso, eram legitimados para ajuizar ação reparatória por supostos danos concorrenciais.

Embora a Suprema Corte tenha se baseado no precedente estabelecido em *Hanover Shoe* e *Illinois Brick*, aponta-se que a Corte confrontou o espírito do julgamento ao decidir em favor dos proprietários dos celulares. Isso porque, nos primeiros casos, a Suprema Corte haveria sinalizado por uma forte preferência política pela eficiência judicial e *deterrence* em detrimento da justiça corretiva. No caso *Apple v. Pepper et al.*, por outro lado, a Suprema Corte teria primado por uma justiça corretiva (HARVARD, 2019).

## 3.2. PANORAMA DA UNIÃO EUROPEIA

### 3.2.1. O reconhecimento do direito à indenização por danos concorrenciais e a Diretiva 2014/104/UE

O Tratado de Funcionamento da União Europeia estabelece, em seus artigos 101º e 102º, as principais regras concorrenciais que devem ser adotadas pelos Estados-Membros da União Europeia<sup>21</sup>. Especificamente em relação a cartéis e a práticas colusivas, o artigo 101º, item 1 (a), dispõe o seguinte:

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:
  - a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação.

Embora o Tratado de Funcionamento da União Europeia não trate de forma expressa a respeito da indenização por condutas anticoncorrenciais, em 1973, a Corte Europeia de Justiça apontou que a infração às leis antitruste europeias resulta na criação de direito à indenização pelos danos causados, direito esse que os tribunais nacionais europeus devem salvaguardar<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Vide <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>. Acesso em 31 de janeiro de 2021.

<sup>22</sup> Caso C-127/73, BRT v SABAM.

Ainda, nos julgamentos dos casos *Courage*<sup>23</sup>, em 2001, e *Manfredi*<sup>24</sup>, em 2006, a Corte Europeia de Justiça confirmou tal precedente ao dispor que qualquer indivíduo, cidadão ou empresa teria o direito de reivindicar indenização integral pelos danos sofridos por eles resultantes de violação das regras antitruste da União Europeia.

Na medida em que não existe regulamentação da União Europeia que disponha sobre as ações de reparação fundadas nos Artigos 101º e 102º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, cabe às leis domésticas de cada país-membro da União Europeia dispor sobre os procedimentos específicos para o exercício ao direito à indenização garantido pelo Tratado. Contudo, até a primeira década dos anos 2000, em vista das dificuldades de se obter, na prática, a compensação, seja em razão do custo natural do processo, seja em razão da variedade de leis e regulações nos países-membros da União Europeia, raros eram os processos privados de reparação por danos concorrenciais (VICENTINI, 2018).

A Comissão Europeia, então, iniciou um movimento institucional de *advocacy*, a partir de 2004, para incentivar as ações reparatórias concorrenciais e torná-las mais eficientes, por meio da publicação de livros, de guias e de estudos preparatórios<sup>25</sup>.

Tal movimento culminou na aprovação da Diretiva 2014/104/EU pelo Parlamento Europeu, em 17 de abril de 2014, e pelo Conselho de Ministros, em 10 de novembro de 2014. A Comissão Europeia explica que a Diretiva 2014/104/EU possui dois objetivos complementares, quais sejam: (i) repelir obstáculos práticos à indenização para todas as vítimas de violações das regras antitruste da União Europeia; e (ii) alinhar a interação entre as ações privadas de reparação e o *public enforcement* das regras antitruste da União Europeia pela

---

<sup>23</sup> Caso C-453/99.

<sup>24</sup> Caso C 295/04 a C 298/04.

<sup>25</sup> Sobre o assunto, Daniel Costa Caselta (2015, p. 76) aponta: “Em dezembro de 2005, a Comissão Europeia publicou o ‘Livro Verde’ sobre o tema (‘Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules’), o qual identificava os principais obstáculos para a responsabilidade civil por infrações concorrenciais no âmbito da União Europeia e colocava em discussão alguns temas para aperfeiçoamento do sistema.

Em abril de 2008, como resultado das inúmeras contribuições e respostas ao Livro Verde recebidas pela Comissão Europeia, foi publicado um ‘Livro Branco’ sobre o assunto (‘White Paper on Damages for Breach of the EC Antitrust Rules’). (...)

Posteriormente, foram tomadas as seguintes iniciativas com relação a temas específicos discutidos no Livro Branco: (i) a Comissão Europeia encomendou estudo sobre os critérios para quantificação dos danos em matéria antitruste e, posteriormente, submeteu a consulta pública minuta de documento contendo orientações com relação aos danos causados por práticas anticompetitivas, bem como sobre os principais critérios de quantificação; e (iii) o Programa de Trabalho da Comissão Europeia de 2012 estabeleceu como metas assegurar a reparação dos danos, aperfeiçoar a interação entre as esferas pública e privada na aplicação do direito concursal, bem como aperfeiçoar os mecanismos de tutela coletiva em matéria antitruste”.

Comissão Europeia e pelas autoridades nacionais de concorrência<sup>26</sup>. Por ter sido convertida em lei, a Diretiva 2014/104/EU é de observância obrigatória a todos os Estados-Membros da União Europeia.

A Diretiva 2014/104/EU garante, em seu artigo 3º, a reparação integral a qualquer pessoa que tenha sofrido danos concorrenciais, a qual consiste na indenização por danos emergentes e por lucros cessantes:

1. Os Estados-Membros asseguram que as pessoas singulares ou coletivas que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos.
2. A reparação integral coloca a pessoa que sofreu danos na posição em que estaria se a infração ao direito da concorrência não tivesse sido cometida. Por conseguinte, abrange o direito à reparação por danos emergentes e por lucros cessantes acrescido do pagamento de juros.
3. A reparação integral nos termos da presente diretiva não pode conduzir à reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo.

Relativamente à divulgação de elementos de prova, o artigo 5º da Diretiva 2014/104/EU prevê que os tribunais nacionais podem ordenar ao réu ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova relevantes que estejam sob o seu controle, cumpridas certas condições<sup>27</sup>.

Ainda, a Diretiva 2014/104/EU estabelece que as decisões condenatórias de uma autoridade nacional da concorrência ou tribunal de recurso são consideradas vinculantes para efeitos da ação de indenização (Artigo 9º).

Quanto à prática de cartel, a Diretiva 2014/104/EU dispõe que, confirmada a infração, presumem-se seus danos, tendo o infrator o direito de ilidir tal presunção (Artigo 17º, item 2). Nesse particular, há previsão no sentido de que é possível estimar o montante dos danos “se for estabelecido que o demandante sofreu danos, mas seja praticamente impossível ou

---

<sup>26</sup> Tradução livre de “First, it removes practical obstacles to compensation for all victims of infringements of EU antitrust law. Second, the Directive fine-tunes the interplay between private damages actions and public enforcement of the EU antitrust rules by the Commission and national competition authorities.” Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html). Acesso em 31 de janeiro de 2021.

<sup>27</sup> A respeito das condições, o item 3 do artigo 5º prevê o seguinte: “Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais limitem a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcional. Ao determinar se a divulgação requerida por uma parte é proporcional, os tribunais nacionais ponderam os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados. Têm, nomeadamente, em consideração:

- a) A medida em que o pedido de indemnização ou a defesa são fundamentados em factos e elementos de prova disponíveis que justificam o pedido de divulgação dos elementos de prova;
- b) O âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados, inclusive para evitar pesquisas não específicas de informação de relevância improvável para as partes no processo;
- c) Se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contêm informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais.”

excessivamente difícil quantificar com precisão os danos sofridos, com base nos elementos de prova disponíveis” (Artigo 17º, item 1).

Além disso, os membros do cartel são considerados solidariamente responsáveis pelos danos causados, isto é, o lesado tem o direito de exigir reparação integral de qualquer um deles até obter a indenização integral (Artigo 11º, item 1).

### **3.2.2. Iniciativas da Comissão Europeia para uniformização da análise judicial: Guia Prático de Quantificação dos Danos nas Ações de Indenização e *Passing-On Guidelines***

Como um dos resultados do movimento de *advocacy* da Comissão Europeia para incentivar ações reparatorias por danos concorrenciais, foi publicado o Guia Prático de Quantificação dos Danos nas Ações de Indenização com Base nas Infrações aos Artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Guia de Quantificação)<sup>28</sup>. O Guia de Quantificação buscou oferecer assistência aos tribunais nacionais europeus e aos interessados que enfrentam questionamentos no que tange à quantificação de danos por infrações concorrenciais em ações judiciais.

Para este fim, o Guia de Quantificação indica os principais tipos de danos resultantes de condutas anticompetitivas e fornece uma visão geral dos principais métodos e técnicas econômicas disponíveis para quantificar tais danos na prática (COMISSÃO EUROPEIA, 2013). O Guia de Quantificação, nesse sentido, faz a ressalva de que “[n]ão é possível determinar um montante único e «real» dos danos sofridos, sendo apenas possível chegar às melhores estimativas com base em hipóteses e aproximações” (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 12).

Relativamente aos danos causados por infrações que conduzem a um aumento de preço dos produtos, o Guia de Quantificação destaca que podem ser separados em dois tipos: (i) prejuízos resultantes do fato de os clientes diretos e indiretos dos autores da infração terem de pagar mais caro por cada produto adquirido do que aconteceria em um cenário sem a infração – o sobrepreço –; e (ii) danos resultantes do efeito volume, provocado pela aquisição de um menor número dos produtos devido ao aumento dos preços (COMISSÃO EUROPEIA, 2013).

---

<sup>28</sup> Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html). Acesso em 31 de janeiro de 2021.

Ainda, o Guia de Quantificação trata das hipóteses em que os clientes diretos dos agentes que praticaram a infração realizem a revenda dos produtos afetados ou os utilizem para produzir outros bens ou serviços. O repasse do sobrepreço, de acordo com a Comissão Europeia (2013), normalmente pressupõe um efeito volume, ou seja, o aumento dos preços conduz em geral a uma redução da procura do produto. O menor volume de vendas e lucros cessantes também consiste em danos que resultam da infração e que devem ser compensados, conforme dispõe o Guia de Quantificação.

Quando da edição da Diretiva 2014/104/EU, houve menção expressa a este possível repasse de sobrepreço, esclarecendo suas consequências legais. Em seu Artigo 13º, a Diretiva 2014/104/EU estabelece que, quando o réu da ação reparatória invocar como meio de defesa o fato de o autor ter supostamente repassado total ou parcialmente o sobrepreço gerado pela conduta anticoncorrencial, o ônus da prova recairá sobre o réu, o qual poderá requerer a divulgação de informações pelo autor ou por terceiros:

Os Estados-Membros asseguram que o demandado numa ação de indemnização possa invocar como meio de defesa contra um pedido de indemnização o facto de o demandante ter repercutido total ou parcialmente os custos adicionais resultantes da infração ao direito da concorrência. O ónus da prova de que os custos adicionais foram repercutidos recai sobre o demandado, que pode razoavelmente requerer a divulgação de informações pelo demandante ou por terceiros.

A fim de evitar reparação excessiva, a Diretiva 2014/104/EU também estabeleceu que os Estados-Membros deveriam criar regras processuais apropriadas que assegurassem que a reparação por danos efetivos a qualquer nível da cadeia de abastecimento não excedesse o dano do sobrepreço sofrido àquele nível, sem prejuízo de o lesado reclamar e obter reparação por lucros cessantes resultantes do repasse total ou parcial do sobrepreço (Artigo 12º, itens 2 e 3).

Mais recentemente, em 2019, a Comissão Europeia publicou um guia para tribunais nacionais europeus sobre a forma de se calcular o repasse de sobrepreço ao consumidor indireto (Guia *Passing-On*)<sup>29</sup>. O Guia *Passing-On* apresenta, com base na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça e na Diretiva 2014/104/EU, diferentes abordagens e métodos econômicos para quantificar os efeitos do repasse, bem como indicações sobre parâmetros relevantes que podem ser levados em consideração no tratamento de elementos de prova econômicos (COMISSÃO EUROPEIA, 2019).

---

<sup>29</sup> Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809(01)&from=EN).

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0809(01)&from=EN)

Em relação ao acesso aos elementos de prova, o Guia *Passing-On* (COMISSÃO EUROPEIA, 2019, p. 13) destaca a possibilidade de a parte pedir à outra ou a terceiros a apresentação de documentos e informações para comprovação da existência ou não do repasse, o que inclui, inclusive, informações confidenciais, como dados sobre receitas, preços ou margens:

Os elementos de prova podem ser pedidos à outra parte ou a terceiros por intermédio e sob o controlo rigoroso do tribunal nacional. O pedido tem de dizer respeito a elementos de prova específicos ou a categorias de elementos de prova específicas (46). Desde que o tribunal nacional considere os princípios gerais da proporcionalidade e da proteção dos interesses legítimos, pode inclusivamente ordenar a divulgação de elementos de prova que contenham informações confidenciais à parte sobre a qual recai o ónus da prova dos efeitos da repercussão. Por exemplo, essas informações podem incluir documentos ou dados sobre receitas, preços ou margens. Contudo, ao ordenar a divulgação de tais elementos de prova, é fundamental que o tribunal nacional tome medidas para proteger as informações confidenciais (47).

Ademais, a Comissão Europeia (2019) aponta que, para quantificar os efeitos do repasse e os efeitos de volume, é necessário colocar o lesado na posição em que estaria se a infração não tivesse sido cometida – cenário *confractual*. Por ser um cenário hipotético, existem diferentes métodos e técnicas econômicas e jurídicas para determiná-lo, que variam quanto aos seus pressupostos e à variedade de dados necessários. Assim, a Comissão Europeia destaca que “a apreciação jurídica da repercussão exige uma complexa análise factual e económica” (2019, p. 11).

Em 14 de dezembro de 2020, a Comissão Europeia publicou um relatório concernente à implementação da Diretiva 2014/104/EU nos Estados-Membros da União Europeia<sup>30</sup>. Especificamente quanto ao repasse de sobrepreço nas ações de reparação, o relatório destaca que a maioria dos Estados-Membros implementou literalmente o Artigo 15º, que se refere a meios que os tribunais nacionais europeus podem usar com o objetivo de evitar a sobrecompensação e a subcompensação (COMISSÃO EUROPEIA, 2020).

Ademais, o relatório destaca que toda a União Europeia passou a implementar a presunção de que os cartéis causam danos, disposta no Artigo 17º, item 2, da Diretiva 2014/104/EU (COMISSÃO EUROPEIA, 2020). Inclusive, três países da União Europeia instituíram leis que especificam uma porcentagem – refutável – de sobrepreço causado por cartéis. As atuais legislações da Hungria e da Letônia dispõem sobre uma presunção de que os

---

<sup>30</sup> Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report\\_on\\_damages\\_directive\\_implementation\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report_on_damages_directive_implementation_en.pdf).

cartéis causam um sobrepreço de 10% e a legislação Romênia, de 20% (COMISSÃO EUROPEIA, 2020).

#### **4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ENVOLVENDO A *PASS-ON DEFENSE* EM AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL**

Apresentado o contexto legal e econômico no que diz respeito à reparação de danos por cartel e os possíveis efeitos decorrentes de sua prática, assim como a experiência internacional quanto ao tema, este capítulo tem como objetivo apresentar e analisar a jurisprudência brasileira envolvendo a *pass-on defense* em ações privadas de reparação de danos por cartel.

Inicialmente, será indicada a metodologia de pesquisa adotada para o mapeamento dos casos. Para uma visão abrangente do cenário identificado, apresentar-se-á o panorama geral identificado no que concerne às ARDCs privadas especificamente relacionadas a danos de cartel. Tal tópico incluirá a exposição dos pedidos mais recorrentes dos autores nas ações privadas de reparação de danos por cartel; dos tribunais em que as ações mapeadas foram ajuizadas; da potencial relação dos processos mapeados com processos administrativos do CADE; dos principais fundamentos para o julgamento dos pedidos iniciais; assim como dos setores de mercado dos supostos cartéis que foram objeto das ações reparatórias.

Quanto à *pass-on defense*, serão especificadas as ARDCs mapeadas em que houve a análise da tese de defesa nas decisões de mérito, com uma apuração detida de cada um dos posicionamentos adotados pelos julgadores verificados na pesquisa.

Por fim, pretende-se apresentar uma análise crítica do panorama jurisprudencial identificado, abrangendo também o confronto deste panorama com a experiência dos Estados Unidos e da União Europeia em relação à *pass-on defense*.

##### **4.1. METODOLOGIA DE PESQUISA**

Em pesquisa anteriormente realizada 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. Na ocasião, foi possível identificar, ao todo, 49 ARDCs privadas decorrentes de cartel ajuizadas perante tribunais brasileiros, desde a entrada em vigor da Lei nº 8.884/1994 (FERNANDES, 2021).

Neste trabalho, a pesquisa anterior foi atualizada, o que resultou na identificação de outras quinze ARDCs decorrentes de cartel, elevando o número total para 64 ARDCs identificadas.

Como no trabalho anterior, a pesquisa de acórdãos e decisões monocráticas<sup>31</sup> foi realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs)<sup>32</sup> e dos 27 Tribunais de Justiça estaduais (TJs)<sup>33</sup> existentes. A busca foi feita também em sistemas de pesquisa de sentenças e decisões de primeiro grau, que estavam disponíveis nos portais dos TJGO, TJMG, TJMS, TJRN e TJSP.

Após o levantamento das ações reparatórias, foi realizado um filtro dos resultados para mapear as ações em que pessoas jurídicas ou pessoas físicas efetivamente buscavam a reparação por danos decorrentes da prática de cartel, nos moldes da pesquisa anterior.

Foram excluídas dos resultados, neste momento, (i) ações ajuizadas pelo Ministério Público; (ii) ações civis públicas que não tinham como pedido a reparação por danos materiais decorrentes do cartel<sup>34</sup>; (iii) ações civis públicas por atos de improbidade administrativa; (iv) protestos judiciais interruptivos da prescrição; e (v) ações que tratavam de outros tipos de infrações à ordem econômica, sem alegação da prática de cartel, como preços abusivos ou onerosidade excessiva. Isso porque o objetivo do trabalho é analisar casos em que particulares buscam a reparação por supostos danos materiais decorrentes de cartel e as implicações do

---

<sup>31</sup> 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”, como realizado no trabalho anterior.

<sup>32</sup> Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5).

<sup>33</sup> Tribunal de Justiça do Acre (TJAC), Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL), Tribunal de Justiça do Amapá (TJAP), Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM), Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE), Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT), Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Tribunal de Justiça do Pará (TJPA), Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI), Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR), Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE) e Tribunal de Justiça de Tocantins (TJTO).

<sup>34</sup> Apenas uma Ação Civil Pública foi incluída nesta pesquisa, tendo em vista que era a única que tinha como pedido a reparação por danos materiais decorrentes de cartel. Trata-se da Ação Civil Pública nº 0000233-25.2011.4.03.6100, ajuizada pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp perante o TRF da 3ª Região. Na Ação Civil Pública, a autora buscava reparar danos patrimoniais sofridos por conta de infrações à ordem econômica e sobrepreço de cartel no mercado de gases industriais, os quais adquiria para suas atividades econômicas. As demais Ações Civis Públicas encontradas foram, em sua maioria, ajuizadas pelo Ministério Público Federal e Estadual e buscavam a reparação por danos morais coletivos.

repassa de sobrepreço nas decisões judiciais<sup>35</sup>.

Relativamente à delimitação temporal, foi mantido o mesmo critério do trabalho anterior, com o fim de 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) – entrou em vigor. A data de finalização desta nova pesquisa foi 10 de fevereiro de 2021.

Vale reiterar que 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, de fato, 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 nas ferramentas de pesquisa, o que prejudicou a coleta de dados do trabalho. Pôde-se perceber, inclusive, que entre a pesquisa anterior e a atual, foram identificados resultados distintos de pesquisa a partir da utilização dos mesmos termos de pesquisa, o que resultou na identificação de ações que haviam sido ajuizadas antes de agosto de 2020, mas que não haviam sido mapeadas no estudo anterior.

Ademais, conforme mencionado, poucos tribunais possuem plataformas para busca de sentenças e de decisões de primeiro grau. Assim, é provável que existam ações reparatórias por cartel em que já tenham sido proferidas sentenças e outras decisões de primeiro grau, mas que, por esse motivo, não foram localizadas.

Ainda, foram identificados processos em segredo de justiça, impossibilitando, em alguns casos, o acesso à sentença e a 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, mais uma vez foram incluídas no mapeamento as 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 na pesquisa anterior e outros sete na nova pesquisa.

---

<sup>35</sup> Também não foram inclusos processos judiciais em que a suposta prática de cartel era apenas um argumento secundário ao pedido da ação, como aqueles em que os autores pleiteavam a revisão de taxa de juros de contratos bancários, alegando uma suposta cartelização de instituições financeiras, de forma genérica, bem como as ações contra operadoras de planos de saúde para ressarcimento de despesas.

Além disso, não há certeza de que sentenças e acórdãos de processos que tramitaram em autos físicos foram digitalizados em todos os tribunais, o que também pode ter prejudicado a coleta de dados.

É necessário ressaltar que a pesquisa continuou se restringindo 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 eventuais perícias realizadas.

O Apêndice A (Lista de ARDCs identificadas) deste trabalho apresenta as ARDCs mapeadas nas pesquisas realizadas, com informações relativas ao número do processo, às partes, ao setor de mercado envolvido e ao tribunal no qual a ação foi ajuizada.

#### 4.2. PANORAMA DAS AÇÕES PRIVADAS DE REPARAÇÃO DE DANOS POR CARTEL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A partir das pesquisas realizadas, foi possível identificar, ao todo, 64 ARDCs de natureza privada, decorrentes de cartel, ajuizadas perante tribunais brasileiros desde a entrada em vigor da Lei nº 8.884/1994. Nessas ações, o pedido mais recorrente dos autores consistia na reparação por danos materiais, incluindo danos emergentes e lucros cessantes, em virtude da alegada aquisição de produtos com sobrepreço comercializados por empresas supostamente envolvidas em cartel.

Em diversas ARDCs, os autores, além da reparação por supostos danos materiais, buscavam: (i) obrigar a parte ré a fornecer produtos pelo preço de mercado<sup>36</sup>; (ii) revisar cláusulas supostamente abusivas de contrato de fornecimento, especialmente para reduzir o

---

<sup>36</sup> A título de exemplo, Ação Indenizatória nº 0163141-17.2009.807.0001, TJDFT; Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória nº 0045265-50.2013.8.16.0001, TJPR; e Ação de Indenização nº 0282516-64.2015.8.21.7000, TJRS.

valor acordado pelos insumos<sup>37</sup>; (iii) obter a resolução do contrato por culpa da ré<sup>38</sup>; (iv) receber indenização por danos morais<sup>39</sup>, dentre outros.

Vale notar que, em todos os casos mapeados, os autores eram pessoas jurídicas que não figuravam como destinatários finais dos produtos adquiridos, de acordo com a teoria consumerista finalista<sup>40</sup>. As relações entre os autores e as empresas réas, portanto, não foram consideradas pelos julgadores como relações de consumo, protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Importante destacar também que, em algumas decisões, os julgadores apontaram que a responsabilização por danos concorrenciais tratar-se-ia de hipótese de responsabilidade subjetiva<sup>41</sup>. Na Ação de Indenização por Dano Material nº 1076944-27.2017.8.26.0100, o Juízo de primeiro grau ressaltou que:

Ao realizar a leitura do artigo 47 da Lei de Proteção à Concorrência, denota-se que o legislador em nenhum momento estendeu os efeitos da responsabilidade administrativa à responsabilidade civil, muito pelo contrário, destacou que a reparação de danos independe do procedimento administrativo, ao passo que atesta a inexistência de prejudicialidade entre estes e as ações propostas pelo Poder Judiciário para fins de apuração das reparações de danos.

As ações mapeadas foram ajuizadas perante o TJSP (44 ARDCs); TJMG (cinco ARDCs); TJRJ (quatro ARDCs); TJRS (quatro ARDCs); TJDFT (duas ARDCs); TJPR (duas

---

<sup>37</sup> Tais como os seguintes processos: Ação de Conhecimento nº 0034072-87.2013.8.07.0001, TJDFT; Ação de consignação em pagamento c/c revisão de cláusulas contratuais nº 0001113-97.2011.8.19.0066, TJRJ; Ação de consignação em pagamento c/c revisão de cláusulas contratuais nº 0001118-22.2011.8.19.0066, TJRJ; e Ação ordinária de rescisão contratual c.c. reparação de danos nº 0030899-82.2004.8.26.0602, TJSP.

<sup>38</sup> Tais como os seguintes processos: Ação de Cobrança nº 0026163-62.2010.8.19.0066, TJRJ; Ação de Indenização por Dano Material nº 0010845-11.2013.8.26.0625, TJSP; e Ação de rescisão contratual, tutela antecipada e repetição do indébito nº 0020519-21.2011.8.26.0451, TJSP.

<sup>39</sup> Tais como os seguintes processos: Ação Indenizatória nº 0163141-17.2009.807.0001, TJDFT; Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais nº 1129172-13.2016.8.26.0100, TJSP; Ação Declaratória de Nulidade com rescisão contratual c/c condenatória de indenização por danos morais e materiais nº 0207138-16.2009.8.26.0100, TJSP; Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais nº 0002314-26.2009.8.26.0511, TJSP; Ação indenizatória por danos materiais e morais nº 1105859-57.2015.8.26.0100; Declaratória de nulidade de protesto cumulada com indenização por danos morais nº 9153711-04.2002.8.26.0000, TJSP; Ação Civil Pública nº 0000233-25.2011.4.03.6100, JFES.

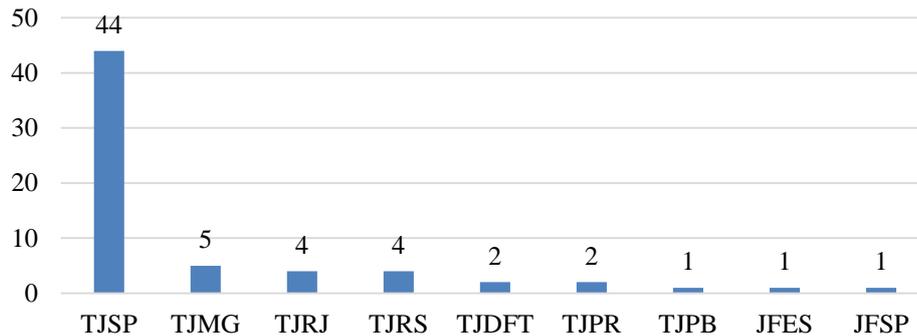
<sup>40</sup> De acordo com Cláudia Lima Marques e Antônio Herman V. Benjamin (2006, p. 83 e 84): "[o] destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção."

<sup>41</sup> A título de exemplo, mencione-se os seguintes processos mapeados: Ação de Indenização por Dano Material nº 1076944-27.2017.8.26.0100, TJSP; Ação Indenizatória nº 1047853-52.2018.8.26.0100, TJSP; e Ação de Indenização por Dano Material nº 1076912-22.2017.8.26.0100, TJSP.

ARDCs); TJPB (uma ARDC); Seção Judiciária do Espírito Santo do TRF da 2ª Região (JFES) (uma ARDC); e Seção Judiciária de São Paulo do TRF da 3ª Região (JFSP) (uma ARDC).

A comparação entre a quantidade de ARDCs ajuizadas em cada um dos tribunais brasileiros está ilustrada no Gráfico 3 a seguir:

**Gráfico 3 - Distribuição das ARDCs de natureza privada entre tribunais brasileiros**



Fonte: Da autora, 2021.

Como se vê, há uma grande concentração de ARDCs ajuizadas perante o TJSP, abarcando, aproximadamente, 68,75% das ações mapeadas.

Observados os limites encontrados na pesquisa jurisprudencial, foi possível verificar que uma parte relevante dos tribunais brasileiros ainda não analisou processos judiciais que versam sobre reparação privada de danos materiais por cartel. Nesse sentido, não foram identificadas ARDCs de natureza privada relativas a cartel nos seguintes tribunais: TJAC, TJAL, TJAP, TJAM, TJBA, TJCE, TJES, TJGO, TJMA, TJMT, TJMS, TJPA, TJPE, TJPI, TJRN, TJRO, TJRR, TJSC, TJSE, TJTO, TRF1, TRF4 e TRF5.

Chama atenção o fato de praticamente todas as ARDCs mapeadas terem sido ajuizadas após o início de investigações por cartel perante o CADE, sendo que boa parte foi ajuizada somente após a condenação das empresas réis na esfera administrativa. Foram identificadas apenas três ARDCs ajuizadas sem fundamento em investigação ou em decisão condenatória anterior do CADE pela prática de cartel<sup>42</sup>. Isso é dizer, aproximadamente 95% das ARDCs identificadas possuem relação com processos administrativos do CADE.

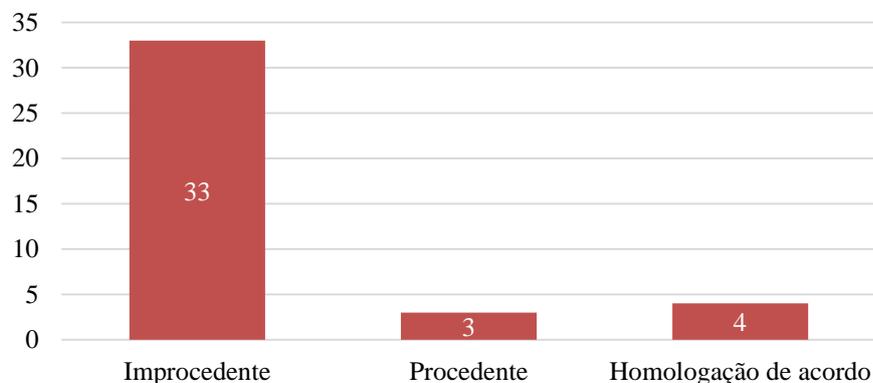
<sup>42</sup>A Ação de Indenização nº 0010179-36.2006.8.19.0209, TJRJ; a Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais nº 0002314-26.2009.8.26.0511, TJSP; e a Ação declaratória de nulidade de protesto cumulada com indenização por danos morais nº 9153711-04.2002.8.26.0000, TJSP. As ações se referem, respectivamente, a supostos cartéis nos mercados de papel cortado, cana de açúcar e polietileno.

Por fim, vale destacar que, dentre as 64 ARDCs identificadas, houve publicação de decisão de mérito válida, seja sentença, seja acórdão em apelação, em quarenta casos até a finalização deste estudo. Em quatro outras ARDCs, as decisões de mérito prolatadas foram anuladas para novos julgamentos, ainda não realizados<sup>43</sup>.

#### 4.2.1. (Im)procedência dos pedidos iniciais das ações reparatórias

A partir da análise dos quarenta julgamentos de mérito identificados, notou-se que a maior parte das ARDCs foi julgada improcedente, no que tange aos pedidos relacionados a supostos danos sofridos em função de alegado cartel – um total de 33 ações, o que representa 82,5% das decisões. Como indicado no Gráfico 4 abaixo, apenas três ARDCs foram julgadas procedentes<sup>44</sup> e em quatro ARDCs houve homologação de acordo celebrado pelas partes<sup>45</sup>:

**Gráfico 4 - Resultados agregados dos julgamentos das ARDCs de natureza privada**



Fonte: Da autora, 2021.

<sup>43</sup> São elas: Ação Ordinária nº 9848158-78.2006.8.13.0024, TJMG; Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais nº 0002314-26.2009.8.26.0511 TJSP; Ação de Indenização por Dano Material nº 0010845-11.2013.8.26.0625 TJSP; e Ação de Indenização por Danos Materiais nº 1050035-45.2017.8.26.0100, TJSP.

<sup>44</sup> Ação ordinária de rescisão contratual c.c. reparação de danos nº 0030899-82.2004.8.26.0602, TJSP, julgada em 9.12.2014 pela 27ª Câmara de Direito Privado; Ação Indenizatória nº 0163141-17.2009.807.0001, TJDFT, julgada em 9.9.2015 pela 5ª Turma Cível; e Ação de Indenização por Dano Material nº 0010845-11.2013.8.26.0625, TJSP, julgada em 7.12.2017 pela 1ª Vara Cível do Foro de Taubaté.

<sup>45</sup> Ação de Reparação de Danos Materiais nº 2034855-20.2013.8.26.0000, TJSP; Ação de obrigação de fazer com preceito cominatório cumulado com repetição de indébito e exibição de documento com pedidos de tutela antecipada nº 4000293-94.2013.8.26.0405, TJSP; Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória nº 0045265-50.2013.8.16.0001, TJPR; e Procedimento Comum nº 0034072-87.2013.8.07.0001, TJDFT.

Os motivos mais recorrentes para a improcedência dos pedidos foram os seguintes: (i) não comprovação da prática de cartel; (ii) não correlação entre a conduta de cartel e os danos alegados; (iii) não especificação dos danos alegados; (iv) reconhecimento de prescrição da pretensão de reparar direito lesado; e (v) não comprovação de prejuízo pelo sobrepreço, porque ele teria sido suportado pelo consumidor final (*pass-on defense*).

Cabe ressaltar que um dos motivos para a improcedência das ARDCs está relacionado à anulação pelo TRF1<sup>46</sup> da decisão administrativa condenatória do CADE atinente à suposta prática de cartel no mercado de gases industriais. Como será exposto no tópico a seguir, foram identificados 27 processos que tratavam de danos decorrentes de cartel no mercado de gases industriais, o que representa aproximadamente 42% das ARDCs mapeadas. Dentre esses 27 processos, dez foram julgados improcedentes. Doze desses processos não tiveram julgamento de mérito válido até a data de finalização da coleta de dados.

Como destacado no voto condutor do acórdão da Apelação Cível nº 0001118-22.2011.8.19.0066<sup>47</sup>, a anulação da decisão do processo administrativo do CADE “fez perder a força do argumento” dos autores, não havendo outras provas nos autos, de acordo com os julgadores, para a comprovação da efetiva conduta concorrencialmente ilícita.

Por fim, destaca-se que mais da metade das sentenças de primeiro grau foi confirmada no julgamento de apelação. Dos 21 processos que tiveram apelação julgada especificamente sobre o pedido de reparação por danos materiais, em quatorze houve manutenção integral da sentença quanto a este ponto (aproximadamente 66,67% do total de apelações julgadas). Em um outro processo, houve manutenção parcial da sentença, apenas para alterar o termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária dos valores devidos<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> TRF 1, Apelação Cível nº 0049539-03.2010.4.01.3400, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 27 de abril de 2016.

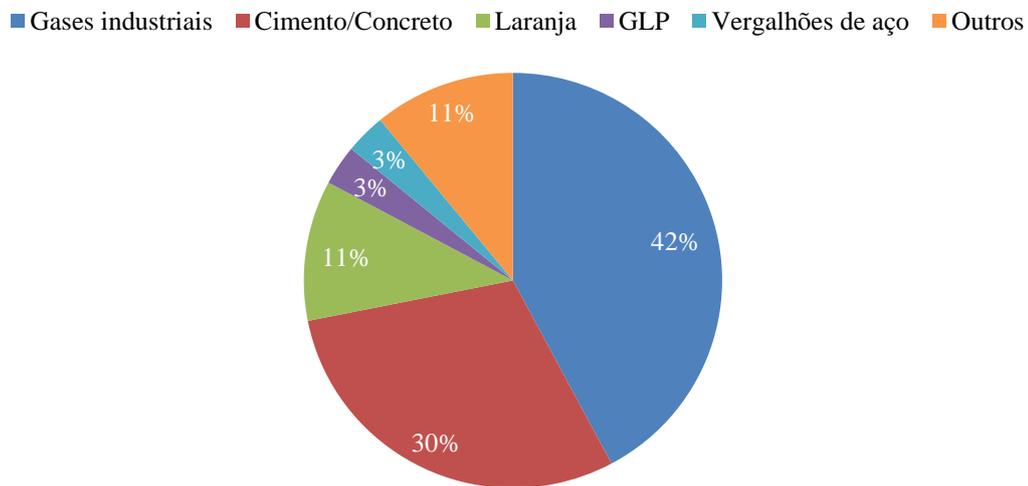
<sup>47</sup> TJRJ, Apelação Cível nº 0001118-22.2011.8.19.0066, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Augusto Alves Moreira Júnior, julgado em 22 de outubro de 2019.

<sup>48</sup> TJDFT, Apelação Cível nº 0163141-17.2009.807.0001, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Silva Lemos, julgado em 9 de setembro de 2015.

#### 4.2.2. Setores de mercado dos supostos cartéis que foram objeto das ações reparatórias

Por meio das pesquisas realizadas, foi possível verificar grande concentração de ARDCs que buscavam reparação por danos decorrentes de cartéis nos mercados de gases industriais<sup>49</sup> e cimento/concreto<sup>50</sup> (aproximadamente 72% das ARDCs mapeadas). No Gráfico 5 abaixo, é possível visualizar a quantidade e o percentual de ações que foram ajuizadas em relação a cada setor de mercado supostamente atingido por cartel.

**Gráfico 5 - Setores de mercado objeto de supostos cartéis tratados nas ARDCs**



Fonte: Da autora, 2021.

Além dos mercados de gases industriais e cimento/concreto, ARDCs privadas foram ajuizadas para buscar reparação de danos por alegados cartéis nos mercados de laranja; de gás liquefeito de petróleo (GLP); de vergalhões de aço; de compressores herméticos para refrigeração; de frete de veículos novos; de peróxido de hidrogênio; de polietileno; de cana de

<sup>49</sup> Trata-se de suposto cartel investigado pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 e julgado em 1 de setembro de 2010, com condenação das empresas Linde Gases Ltda.; Air Liquide Brasil Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; Indústria Brasileira de Gases Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda. e pessoas físicas funcionárias das empresas.

<sup>50</sup> Trata-se de suposto cartel investigado pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 e julgado em 28 de maio de 2014, com condenação das empresas Votorantim Cimentos S.A.; Holcim do Brasil S.A.; Intercement; Cimpor Cimentos do Brasil Ltda.; Itabira Agro Industrial S.A; Companhia de Cimento Itambé e pessoas físicas funcionárias das empresas.

açúcar; de papel cortado; e de medicamentos genéricos. Isso é dizer, as ARDCs mapeadas trataram de supostos cartéis em doze diferentes mercados.

A título comparativo, somente entre janeiro de 2015 e fevereiro de 2021, o CADE condenou pessoas físicas e jurídicas pela prática de cartel em 64 processos administrativos distintos<sup>51</sup>. Os processos julgados envolveram diversos outros setores de mercado, como o de serviços médico-hospitalares, de autopeças, de placas de memória, de cabos submarinos, de embalagens flexíveis, de leite, de carnes bovinas provenientes de abate, de extintores de incêndio, dentre tantos outros.

Tais números demonstram que as ARDCs ainda são pouco exploradas no Brasil, havendo *enforcement* privado de um número reduzido de práticas anticoncorrenciais. Parte da doutrina entende que isso acaba por prejudicar os esforços do CADE na prevenção à prática de cartel e também de outras autoridades de persecução penal (CASELTA, 2015).

#### 4.3. IMPLICAÇÕES DO REPASSE DE SOBREPREGO (*PASS-ON*) NA ANÁLISE JUDICIAL

Dentre os 44 julgamentos de mérito identificados nas pesquisas, verificou-se que em onze diferentes casos houve a análise do argumento de repasse de sobrepreço pelos julgadores. Todas as ARDCs em que tal assunto foi abordado foram ajuizadas perante o TJSP, o que limita os resultados do estudo, por se tratar da posição de apenas um tribunal em toda a jurisdição brasileira.

A alegação de que os autores das ARDCs não sofreram prejuízos, pois teriam repassado os sobrepreços do cartel aos seus consumidores, foi apontada como razão para a improcedência de oito diferentes ARDCs, como apontado na pesquisa anterior (FERNANDES, 2021). Isso representa, aproximadamente, 24% dos processos julgados improcedentes que foram mapeados neste estudo.

---

<sup>51</sup> Informações disponíveis na plataforma “CADE em números”. De acordo com os dados fornecidos na plataforma, o CADE proferiu duas decisões de condenação em processo administrativo pela suposta prática de cartel em fevereiro de 2021, nove decisões em 2020, oito decisões em 2019, dez decisões em 2018, sete decisões em 2017, doze decisões em 2016 e dezesseis decisões em 2015. Disponível em <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmoros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Acesso em 7 de março de 2021.

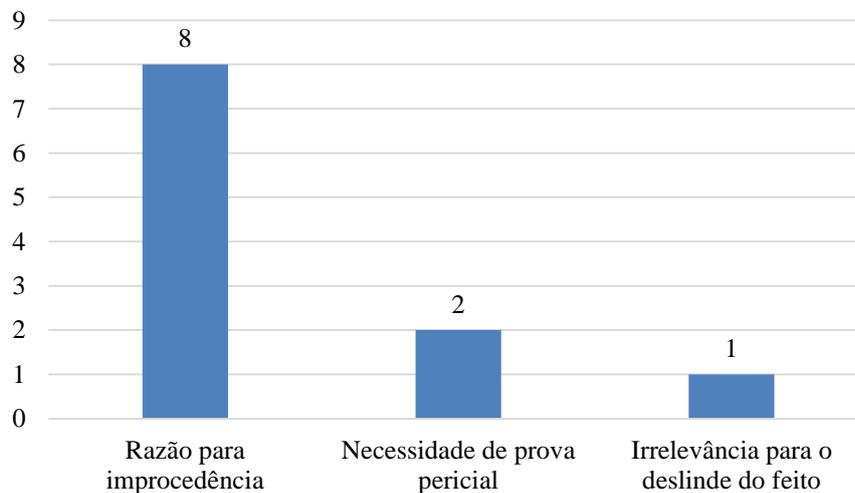
Dentre esses oito processos identificados, até a finalização da coleta de dados, (i) quatro já haviam sido julgados pelo TJSP em apelação, que decidiu pela manutenção da sentença<sup>52</sup>; (ii) dois transitaram em julgado sem que o TJSP, em exame de segundo grau, tenha se pronunciado sobre a reparação dos danos<sup>53</sup>; e (iii) dois estavam tramitando em segunda instância, pendentes de julgamento da apelação<sup>54</sup>.

Em duas outras ARDCs, foi indicado, em julgamento de apelação, que o suposto repasse deveria ser verificado por meio de análise pericial econômica, o que levou à anulação das sentenças anteriormente proferidas que haviam julgado os pedidos dos autores improcedentes<sup>55</sup>.

Em um outro caso identificado, o fato de a requerente ter sido ou não consumidora final foi considerado irrelevante para o deslinde do processo<sup>56</sup>.

O Gráfico 6 abaixo sintetiza a representatividade de cada posicionamento dos julgadores em relação ao argumento de repasse de sobrepreço nas ARDCs mapeadas que trataram diretamente da questão:

**Gráfico 6 - Posicionamento do TJSP a respeito da *pass-on defense***



Fonte: Da autora, 2021.

<sup>52</sup> As ARDCs a seguir já foram julgadas pelo TJSP, que decidiu pela manutenção da sentença: Ações Indenizatórias nºs 1077205-89.2017.8.26.0100, 0149141-75.2009.8.26.0100, 1076730-36.2017.8.26.0100 e 1076944-27.2017.8.26.0100.

<sup>53</sup> As ARDCs a seguir transitaram em julgado sem que o TJSP tenha se pronunciado sobre a reparação dos danos: Ações de Indenização por Danos Materiais nºs 1076834-28.2017.8.26.0100 e 1076912-22.2017.8.26.0100.

<sup>54</sup> Na Ação Indenizatória por Perdas e Danos nº 1050042-37.2017.8.26.0100 e na Ação Indenizatória nº 1047853-52.2018.8.26.0100, houve interposição de apelações, que não tiveram julgamento de mérito até a finalização deste estudo.

<sup>55</sup> Ações de Indenização nº 1050035-45.2017.8.26.0100 e 1049435-24.2017.8.26.0100.

<sup>56</sup> Ação ordinária de rescisão contratual c.c. reparação de danos nº 0030899-82.2004.8.26.0602.

Como é possível visualizar no Gráfico 6 acima, prevalece, dentre as ações mapeadas que analisaram o repasse de sobrepreço, o entendimento de que o repasse do sobrepreço – em todos esses casos sendo presumido, como será visto no tópico a seguir– afasta o dever de indenizar os danos materiais decorrentes de cartel. Esse posicionamento representa aproximadamente 73% dos onze processos analisados.

No tópico a seguir, apresentar-se-á os fundamentos utilizados nas ações judiciais identificadas quanto às implicações do repasse de sobrepreço na reparação dos danos materiais alegados pelos autores.

#### **4.3.1. Ações reparatórias julgadas improcedentes com fundamento na presunção de repasse de sobrepreço**

##### 4.3.1.1. Ações reparatórias envolvendo o mercado de cimento/concreto

Como relatado no trabalho anterior (FERNANDES, 2021), em seis ARDCs que tratavam de danos decorrentes de suposto cartel no mercado de cimento/concreto, o repasse de sobrepreço (*pass-on*) foi a fundamentação utilizada para a improcedência. 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<sup>57</sup> – 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, que teria sido 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”<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado pelo CADE em 28 de maio de 2014.

<sup>58</sup> TJSP, Ação Indenizatória nº 1076912-22.2017.8.26.0100, 31ª Vara Cível, Juíza de Direito Mariana de Souza Neves Salinas, julgado em 7 de março de 2018.

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”<sup>59</sup>. 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”<sup>60</sup>.

Quanto ao mérito, as decisões confirmaram a suposta formação de cartel pelas empresas ré. No entanto, os julgadores indicaram que o suposto cartel teria gerado prejuízos econômicos à sociedade como um todo, ou seja, teria gerado um dano difuso à coletividade<sup>61</sup>. Assim, na ótica dos julgados, os danos causados pelo cartel não teriam sido sofridos pelas autoras, individual e especificamente, não cabendo reparação. Isso porque as autoras eram empresas do ramo da construção civil, que utilizavam cimento e concreto como insumos básicos para a execução de suas obras de engenharia, cujos custos seriam supostamente 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:

[r]egra 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. (TJSP, 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.)

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”<sup>62</sup>. Foi apontado,

---

<sup>59</sup> A mesma fundamentação e redação foi adotada em duas diferentes sentenças de ARDCs: 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; e 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.

<sup>60</sup> Ação de Indenização por Dano Material nº 1076944-27.2017.8.26.0100; e Ação Indenizatória nº 1076730-36.2017.8.26.0100

<sup>61</sup> TJSP, 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.

<sup>62</sup> TJSP, Ação de Indenização por Dano Material nº 1076912-22.2017.8.26.0100, p. 8.

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”<sup>63</sup>.

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”<sup>64</sup>.

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”<sup>65</sup>. Tal posicionamento foi confirmado pela 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP quando do julgamento da Apelação Cível em 9 de dezembro de 2020.

Foi possível observar, além do mais, uma aplicação analógica de precedente do STJ relativo à legitimidade para a repetição de indébitos, quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), em demanda de energia elétrica contratada e não utilizada<sup>66</sup>.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303/SC<sup>67</sup>, 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.

Em julgados identificados nas pesquisas, o Juízo considerou que tal precedente amoldar-se-ia “perfeitamente no caso concreto”<sup>68</sup>, devendo ser aplicada a mesma interpretação em face das empresas de construção civil.

---

<sup>63</sup> TJSP, 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.

<sup>64</sup> TJSP, 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, p. 7.

<sup>65</sup> TJSP, Ação de Indenização por Dano Material nº 1076944-27.2017.8.26.0100, p. 13.

<sup>66</sup> A aplicação analógica deste precedente foi identificada em, ao menos, três ARDCs: Ações Indenizatórias nºs 1076730-36.2017.8.26.0100, 1076834-28.2017.8.26.0100 e 1076912-22.2017.8.26.0100.

<sup>67</sup> STJ, REsp nº 1.299.303/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Seção, julgado em 08 de agosto de 2012.

<sup>68</sup> TJSP, Ação Indenizatória nº 1076730-36.2017.8.26.0100, p. 14.

#### 4.3.1.2. Ações reparatórias 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<sup>69</sup> 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:<sup>70</sup>

- (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 de suposto cartel no mercado de frete de veículos novos.

---

<sup>69</sup> TJSP, 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.

<sup>70</sup> TJSP, Ação Indenizatória nº 1047853-52.2018.8.26.0100, p. 10.

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 pois 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 “reduzida a margem de lucro, em razão da elevação do custo final do produto, tudo indica que foram os consumidores que arcaram com o aumento do preço”<sup>71</sup>.

#### **4.3.2. Ações reparatórias nas quais foi apontada necessidade de prova pericial para comprovação de prejuízos**

No julgamento da Apelação Cível nº 1050035-45.2017.8.26.0100<sup>72</sup>, 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”<sup>73</sup>.

O Relator destacou, em seu voto, a pouca expressividade de ARDCs no ordenamento jurídico brasileiro<sup>74</sup>. Ademais, utilizou como fundamento ponderação da economista Fabiana Tito (2020) no sentido da existência de três principais fatores relacionados ao dano em casos

---

<sup>71</sup> TJSP, Ação Indenizatória nº 1047853-52.2018.8.26.0100, p. 6.

<sup>72</sup> TJSP, 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.

<sup>73</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1050035-45.2017.8.26.0100, p. 5.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p.5.

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 apresentada pelos réus, em razão do disposto no artigo 373, II, do Código de Processo Civil (CPC)<sup>75</sup>:

(...) 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.

Posicionamento semelhante foi adotado no julgamento da Apelação Cível nº 1049435-24.2017.8.26.0100 pela 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Na ação, aduzia a autora ter adquirido “por vinte anos cimento de fabricação das fornecedoras réas que, no entanto, se enriqueceram indevidamente pela prática ilícita de tabelamento de preços, com sobrepreço, e pela formação de cartel”<sup>76</sup>.

O Juízo de primeiro grau havia julgado o pedido de indenização improcedente porque, em sua interpretação, a autora não havia comprovado o prejuízo alegado. Na sentença, foi disposto que cabia à parte autora comprovar a ausência de repasse do sobrepreço, com base no artigo 373, I, do CPC, conforme trecho abaixo:

não vislumbro a ocorrência de danos no percentual de 20% dos valores pagos pelo cimento, uma vez que, levando em consideração o nosso sistema econômico pautado pelo livre mercado, é presumível que a autora tenha repassado eventual sobrepreço do cimento comprado aos consumidores finais (donos das obras), principais prejudicados com o cartel efetuada.

Vale destacar que eventual repasse parcial ou ausência de repasse do aumento do preço aos consumidores deveria ter sido alegado e comprovado pela autora em sua petição inicial, com fulcro no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, mediante a juntada de laudos e documentos que demonstrassem os métodos utilizados pela empresa para fixação do preço do concreto para venda aos consumidores finais”

Contudo, a 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP anulou a sentença por considerar que não poderia o Juízo “indicar [que] não houve a comprovação dos argumentos levantados pela parte” quando “a parte, na petição de indicação de provas, requereu a juntada de seus livros

<sup>75</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1050035-45.2017.8.26.0100, p. 7.

<sup>76</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1049435-24.2017.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Alexandre Coelho, julgado em 30 de setembro de 2020, p. 7.

contábeis e, outrossim, requereu a prova pericial, o que lhe era lícito postular para o fim de comprovação dos fatos constitutivos do seu direito”, tendo sido a prova indeferida pelo Juízo.

A respeito do alegado repasse de sobrepreço, o Desembargador Relator indicou que seria necessária a elaboração de estudo econômico, conforme requerido por todas as partes. Destarte, o processo retornou à 1ª instância para realização de perícia econômica.

Por fim, vale destacar que no julgamento da Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100 pela 30ª Câmara de Direito Privado do TJSP (caso mencionado anteriormente que trata de supostos prejuízos decorrentes do cartel no mercado de cimento/concreto), a Desembargadora Relatora do processo teve voto vencido, ao entender pelo provimento do recurso 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<sup>77</sup>. Ainda, destacou que:<sup>78</sup>

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 pela maioria da 30ª Câmara de Direito Privado do TJSP.

#### **4.3.3. Ação reparatória na qual o suposto repasse foi considerado irrelevante para o deslinde da ação**

Na Ação Ordinária de Rescisão Contratual cumulada com Reparação de Danos Material e Moral nº 0030899-82.2004.8.26.0602, a autora pleiteou por: (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.

---

<sup>77</sup> TJSP, Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100, p. 8.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 12.

Segundo a autora, a empresa ré teria supostamente participado de cartel no mercado de gases industriais para impor preços abusivos a seus clientes. Conforme alegado, a imposição dos preços abusivos teria sido 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 se referia 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<sup>79</sup>. 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. Ainda, 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<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> TJSP, 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, p. 5.

<sup>80</sup> TJSP, 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.

#### 4.4. JURISPRUDÊNCIA AINDA INCIPIENTE EM RELAÇÃO À *PASS-ON DEFENSE*

A partir dos estudos realizados, verificou-se que não há um entendimento pacífico na jurisprudência brasileira atual quanto às implicações do repasse de sobrepreço decorrente de cartel para a comprovação de prejuízos decorrentes de cartel, embora há de se notar uma prevalência relevante da percepção de presunção do repasse para não conferir às autoras a indenização por supostos danos materiais, quando elas se situavam em elo intermediário da cadeia de produção.

Como visto, dentre as onze ARDCs analisadas que trataram especificamente do repasse de sobrepreço, em oito delas prevaleceu o entendimento de que cabe à parte autora comprovar que não efetuou o repasse total de sobrepreço para fundamentar a ocorrência de dano, sendo o repasse presumido para fins de verificar a existência do dano.

Entende-se que o resultado encontrado pode decorrer de duas principais 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 alegado sobrepreço, como na Ação Indenizatória nº 1076912-22.2017.8.26.0100, sem desenvolvimento maior para efetivamente comprovar os danos invocados, especialmente quanto ao nexo causal em relação à suposta prática de cartel e os danos imputados; e/ou (ii) um indicativo da ausência de uma análise judicial aprofundada, em relação às particularidades da economia antitruste e dos requisitos para a responsabilização civil.

Em relação ao ponto (i), como as pesquisas restringiram-se a analisar as decisões proferidas nas ARDCs mapeadas, não há como verificar se isso de fato tenha ocorrido ou não dentro dos limites deste trabalho. Conforme indicado no tópico 2.2.3 deste trabalho, a obrigação de indenizar surge a partir da comprovação do efetivo dano causado, bem como da relação de causalidade entre o cartel e o resultado danoso. Não basta, portanto, apenas indicar a existência de cartel e a aquisição de insumos ou serviços para a configuração da responsabilidade civil. É necessário que o autor da ação demonstre a relação de causa e efeito na situação concreta.

Quanto ao ponto (ii), foi possível notar a ausência de conjugação de aspectos econômicos e jurídicos para verificação dos danos imputados nas decisões analisadas. Especificamente, observou-se uma omissão na maior parte dos julgados sobre o efeito volume (*output effect*), que decorre do repasse de sobrepreço do ilícito antitruste. Como apontado anteriormente, a teoria econômica indica que “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).

Os julgadores dos casos analisados ativeram-se 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 a ausência de discussão sobre esse tema nas decisões tenha sido em razão de os autores das ações também não terem apresentado tais fundamentos em suas manifestações ao longo do processo.

É interessante ressaltar que há até mesmo posicionamento jurisprudencial no sentido de que, mesmo que a empresa tenha internalizado o sobrepreço, teria o feito por uma escolha mercadológica e, por isso, também não faria jus ao recebimento de indenização por perdas e danos<sup>81</sup>.

Como se sabe, a literatura antitruste é formada tanto por aspectos jurídicos quanto por aspectos econômicos. Conforme destaca Fabiana Tito (2018), na análise de ações de reparação, é essencial examinar aspectos econômicos para se avaliar os efeitos decorrentes do repasse de sobrepreço, 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.

Mais do que isso, uma considerável parte dos julgados também foi omissa em relação ao eventual nexo de causalidade entre a alegada prática de cartel e os danos imputados pelos autores da ação. Na argumentação dos julgados que afastaram o dever de indenização em razão do suposto repasse de sobrepreço, não foi possível verificar fundamentação de que a existência de tal repasse interromperia o nexo de causalidade, na medida em que os possíveis efeitos decorrentes do repasse em si não seriam danos diretos e imediatos. Na verdade, a maior parte das decisões foi no sentido de que não haveria dano em si.

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 torna-se ainda mais grave levando em consideração as 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).

---

<sup>81</sup> TJSP, Ação de Indenização por Dano Material nº 1076944-27.2017.8.26.0100, p. 13.

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).

#### 4.5. CONFRONTO DA ANÁLISE JUDICIAL BRASILEIRA COM OS POSICIONAMENTOS NORTE-AMERICANO E EUROPEU

Como visto no capítulo 3 deste trabalho, os posicionamentos norte-americano e europeu a respeito do repasse de sobrepreço em ações reparatórias de danos por cartel são opostos entre si. Se por um lado, nos Estados Unidos, a indenização civil possui forte caráter punitivo, em reforço à persecução pública contra cartéis, na União Europeia, por outro lado, o principal objetivo da reparação é reestabelecer as relações ao que seriam sem a presença do acordo anticompetitivo, prevalecendo, portanto, um caráter ressarcitório. Isso explica as distintas abordagens adotadas por cada um em relação à *pass-on defense*.

Nos Estados Unidos, os precedentes da Suprema Corte são no sentido de que apenas consumidores que possuem relação direta com empresas cartelistas podem requerer indenização por danos materiais. Nos tribunais federais americanos, a chamada *pass-on defense* não costuma ser aceita pelos julgadores como meio de defesa para afastar o dever de indenização. O repasse total ou parcial do sobrepreço à cadeia de produção ou de distribuição pela parte requerente é considerado, portanto, irrelevante para o julgamento das ações indenizatórias.

Como visto, os fundamentos para esse entendimento são pragmáticos, porque a Suprema Corte americana entende que aceitar a *pass-on defense* nas ações reparatórias diminuiria sua eficácia como medida punitiva, em vista da complexidade de se comprovar e quantificar danos levando o repasse de sobrepreço em consideração.

Na União Europeia, por sua vez, a *pass-on defense* pode ser invocada pelo réu da ação indenizatória, o qual terá o ônus da prova para sua comprovação. Vale lembrar, no entanto, que o réu poderá requerer a divulgação de informações pelo autor ou por terceiros nessa situação, conforme disposto no Artigo 13º da Diretiva 2014/104/EU.

Tal posicionamento decorre do fato de que, no âmbito do direito comunitário da União Europeia, a reparação deve colocar o prejudicado na posição em que estaria se a infração não tivesse sido cometida. A Diretiva 2014/104/EU proíbe, nesse sentido, a reparação excessiva,

por meio de indenização punitiva, múltiplas ou outros tipos, como ocorre com os *treble damages* nos Estados Unidos.

Nenhuma dessas posições parece ter sido adotada até o momento pela jurisprudência brasileira<sup>82</sup>. Como visto, pelo contrário, na maior parte dos casos identificados, os julgadores adotaram uma terceira vertente.

Em aproximadamente 72,7% dos casos mapeados em que o argumento de repasse de sobrepreço foi analisado, presumiu-se que o sobrepreço teria sido repassado pelos autores das ações e que, por isso, nada seria devido. Isso é dizer: diferentemente do posicionamento adotado pelos tribunais federais dos Estados Unidos, a *pass-on defense* foi levada em consideração pelos julgadores, levando à não procedência das ações reparatórias. Também diferentemente da posição adotada na União Europeia, não caberia ao réu comprovar o repasse, mas sim ao autor comprovar a ausência de repasse de sobrepreço para fundamentar suas alegações.

É de se destacar, contudo, que as posições minoritárias identificadas nas pesquisas se aproximam, de certa forma, a cada uma das vertentes identificadas no direito estrangeiro.

Nas ações reparatórias mencionadas no tópico 4.3.2, os julgadores entenderam pela necessidade de realização de perícia econômica para verificar a existência ou não de repasse de sobrepreço nas aquisições realizadas pelas autoras. Como no julgamento da Apelação Cível nº 1050035-45.2017.8.26.0100, foi considerado que o estudo econométrico *in casu* seria essencial para apurar os prejuízos alegados.

Neste mesmo processo, inclusive, restou consignado que seria ônus do réu comprovar o repasse de sobrepreço, por se tratar de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 373, II, do CPC. Tal posicionamento assemelha-se ao adotado na União Europeia, conforme as diretrizes da Diretiva 2014/104/EU.

Por outro lado, aproxima-se dos precedentes norte-americanos o julgamento da Ação Ordinária de Rescisão Contratual cumulada com Reparação de Danos Material e Moral

---

<sup>82</sup> Considerando a necessidade de observância pelo Poder Judiciário ao princípio da reparação integral e da proibição ao enriquecimento sem causa, entende-se que o atual panorama legal brasileiro aproxima-se do posicionamento da União Europeia. Como mencionado, o artigo 944 do Código Civil define que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Dessa forma, a indenização tem como objetivo, no ordenamento jurídico brasileiro, fazer retornar ao *status quo ante* e reequilibrar as relações entre os agentes envolvidos, sendo a persecução pública, notadamente do CADE e do Ministério Público, responsável por punir os envolvidos na prática de cartel por meio das responsabilizações administrativa e penal.

É importante mencionar, no entanto, que tramita no Senado Federal Projeto de Lei (Projeto de Lei do Senador nº 283/2016) que busca instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os casos de réus que assinarem com o CADE acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática. Caso eventualmente aprovado, tal Projeto alteraria de forma relevante o sistema atual de reparação civil concorrencial, na medida em que geraria um caráter sancionador da indenização civil, tal como ocorre nos Estados Unidos.

nº 0030899-82.2004.8.26.0602, aludida no tópico 4.3.3 deste trabalho, tendo em vista que foi considerado irrelevante para o deslinde da questão o suposto repasse de sobrepreço. Na ocasião, bastou a comprovação de variação excessiva do preço do produto para que o pedido de indenização por danos materiais fosse julgado procedente.

Finalmente, mister salientar a disparidade entre os panoramas legal e jurisprudencial norte-americano, europeu e brasileiro, especialmente no que se refere à segurança jurídica.

De um lado, nos Estados Unidos, já há um precedente vinculante da Suprema Corte que trata da irrelevância do repasse de sobrepreço em ações indenizatórias por cartel ajuizadas na esfera federal. Tal precedente vem sendo reforçado ao longo dos anos, o que criou um cenário estável quanto à não aceitabilidade da *pass-on defense* em âmbito federal.

Por outro lado, na União Europeia, a maioria dos Estados-Membros já possui legislação que trata de meios a serem usados por tribunais com o objetivo de analisar a *pass-on defense* em ações reparatórias, a partir do disposto na Diretiva 2014/140/UE (COMISSÃO EUROPEIA, 2020). A Comissão Europeia também possui dois guias (Guia de Quantificação e Guia *Passing-On*) para auxiliar os tribunais nacionais na análise econômica e quantificação de danos nesses processos.

No Brasil, apesar dos limites e dificuldades encontradas no decorrer das pesquisas realizadas, é revelador que tenham sido identificados somente onze julgados de um tribunal estadual com três abordagens distintas quanto às implicações do repasse de sobrepreço em ARDCs. Vê-se, portanto, que ainda há um longo caminho a percorrer para haver uma posição clara e segura quanto ao assunto no Judiciário brasileiro.

Por enquanto, não há segurança jurídica do ponto de vista jurisprudencial quanto às repercussões do repasse total ou parcial de sobrepreço de cartel à cadeia produtiva ou distributiva nas ações reparatórias previstas na Lei nº 12.529/2011. Sem dúvidas, essa incerteza jurídica é fator relevante para a hipotrofia das ARDCs no Brasil (PEIXOTO; SILVA, 2018).

## 5. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou mapear e analisar a jurisprudência brasileira, no âmbito de tribunais estaduais e federais, envolvendo a *pass-on defense* em ações reparatórias por danos de cartel. Como referência, foi apresentado o panorama legal e jurisprudencial quanto ao tema nos Estados Unidos e na União Europeia, que já possuem experiência relevante na área.

Para tanto, em um primeiro momento, expôs-se a teoria econômica quanto aos potenciais efeitos decorrentes da prática de cartel. Como indicado, a literatura antitruste aponta três fatores para o cômputo dos danos econômicos advindos de cartel: (i) o sobrepreço; (ii) o repasse do sobrepreço à cadeia produtora ou distributiva, bem como ao consumidor final; e (iii) a perda de volume de vendas quando realizado o repasse do sobrepreço. Quantificar esses fatores é uma tarefa complexa e demanda estimativas econômicas que dependem de uma série de condicionantes do mercado analisado.

Também procurou-se apontar o quadro legal existente no Brasil em relação à responsabilização administrativa, penal e civil pela prática de cartel. A partir desse panorama, foi possível compreender que a responsabilização civil aparece como um sustentáculo da política de combate a ilícitos concorrenciais no Brasil, tal qual o cartel, ao reforçar o papel dissuasório da persecução pública – realizada pelas esferas administrativa e penal.

Como se viu, a relevância das indenizações civis na política concorrencial brasileira torna ainda mais sensível a quantificação dos danos em ARDCs, na medida em que subestimar os danos causados pelo cartel, além de resultar em enriquecimento sem causa para o agente que praticou a conduta ilícita, gera um impacto nos incentivos para a cartelização.

Daí, verificou-se que, conforme indica a teoria econômica antitruste, no cômputo dos danos decorrentes de cartel, não podem ser negligenciados os efeitos repasse e volume, que podem alterar de forma significativa o montante total a ser indenizado.

Em seguida, a análise da disciplina de reparação de danos concorrenciais no ordenamento jurídico dos Estados Unidos e no direito comunitário da União Europeia revelou que ambos possuem abordagens opostas no que diz respeito à *pass-on defense*. Nos Estados Unidos, a doutrina dos *treble damages* e a não aceitação da teoria de *pass-on* como defesa nas ações reparatórias ajuizadas a nível federal denotam uma forte carga punitiva da indenização civil, que não se limita ao reestabelecimento do *status quo ante*. Essa prática resulta em uma significativa complementação do *public enforcement* nos Estados Unidos, tendo em vista que a reparação civil ocupa o papel de pena. Na União Europeia, por sua vez, as ações reparatórias

têm como objetivo principal possibilitar a reparação integral dos danos causados por infrações concorrenciais, o que se traduz no retorno do prejudicado “na posição em que estaria se a infração ao direito da concorrência não tivesse sido cometida” (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Dessa forma, a *pass-on defense* aparece como um meio de defesa do réu, que pode resultar na diminuição da indenização devida, se cumprido o ônus de se provar a ocorrência do repasse de sobrepreço.

A partir desse contexto, a análise empírica realizada com base na jurisprudência brasileira demonstra que as discussões sobre a comprovação de prejuízos em ARDCs têm sido realizadas de maneira superficial pelo Poder Judiciário brasileiro, desconsiderando aspectos importantes da teoria econômica antitruste e da própria responsabilização civil. Especificamente no que se refere ao repasse de sobrepreço à cadeia produtiva ou distributiva, em apenas dois dos onze casos mapeados, foi mencionada a necessidade de se aferir o efeito volume para a quantificação dos danos decorrentes de cartel. Também foi possível notar uma omissão dos julgadores quanto aos impactos do repasse de sobrepreço no nexo de causalidade entre a conduta e o dano imputados.

Mais do que isso, a pesquisa evidenciou uma insegurança jurídica do ponto de vista jurisprudencial quanto às repercussões do repasse de sobrepreço nas ações reparatórias previstas na Lei de Defesa da Concorrência. Tal insegurança reforça a já existente hipotrofia das ARDCs no Brasil, que decorre das diversas dificuldades enfrentadas pelos prejudicados por cartel para o ajuizamento das ações, como os altos custos e riscos associados ao processo.

Essa hipotrofia das ARDCs representa uma incongruência diante do fortalecimento de combate a cartéis nas esferas administrativa e penal desde a edição da Lei nº 12.529/2011 e uma ameaça à política antitruste brasileira.

## REFERÊNCIAS

ANTITRUST MODERNIZATION COMISSION. *Report and Recommendations*, 2007. p. 6. Disponível em: [https://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/letter\\_to\\_president.pdf](https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/letter_to_president.pdf). Acesso em 9 de fevereiro de 2021.

AUSTIN, Arthur D. *Negative effects of treble damage actions: reflections on the new antitrust strategy*. Carolina do Norte: *Duke Law Journal*, Vol. 1978. 1978. p. 1353. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/194050109.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

BURNIER, Paulo. **Direito da Concorrência**. 1.ed. São Paulo: Editora Gen e Editora Forense. 2021.

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

CADE. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, julgado em 1 de setembro de 2010.

CARVALHO H., Henrique Araújo. **Aspectos jurídicos da quantificação do dano em ações reparatórias individuais por danos decorrentes da prática de cartel**. Trabalho de Conclusão de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

CARVALHO L., Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos**. Trabalho de Conclusão de Curso, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2011.

CARVALHO L., Livia Cristina Lavandeira Gândara de. **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, 2012, p. 331-344.

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.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAVANAGH, Edward D. *The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience*, in 41 Loy. U. Chi. L. J. 629, 2010. Disponível em: <http://lawcommons.luc.edu/luclj/vol41/iss3/12>. Acesso em 13 de fevereiro de 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Orientações destinadas aos tribunais nacionais sobre a forma de calcular a parte dos custos adicionais repercutida nos adquirentes indiretos.** União Europeia, 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão Europeia sobre Guia prático sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** União Europeia, 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. **Guia prático sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** Strasbourg, 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. *Study on the Passing-On of Overcharges. Final Report.* União Europeia, 2016.

CONNOR, John M. *Global Price Fixing. Studies in Industrial Organization*, 2. ed. 2007.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. *Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. In 3 Issues in Competition Law and Policy.* ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1029755](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029755). Acesso em 19 de março de 2021.

DEPARTMENT OF JUSTICE. *Frequently asked questions about the antitrust division's leniency program and model leniency letters.* 2018. Disponível em <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

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

ESTADOS UNIDOS. *Antitrust Criminal Penalty Enhancement & Reform Act (ACPERA).* Congresso Americano. Washington D.C., 2004.

ESTADOS UNIDOS. *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Permanent Extension Act.* Congresso Americano. Washington D.C., 2020.

ESTADOS UNIDOS. *The Clayton Act.* Disponível em [https://archive.org/stream/jstor74/74\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/jstor74/74_djvu.txt). Acesso em 26 de fevereiro de 2021.

ESTADOS UNIDOS. *Federal Rules of Civil Procedure.* Disponível em [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv\\_rules\\_eff.\\_dec.\\_1\\_2018\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff._dec._1_2018_0.pdf). Acesso em 26 de fevereiro de 2021.

ESTADOS UNIDOS. *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* 392 U.S. 481, 1968.

ESTADOS UNIDOS. *Illinois Brick Co. et al. v. Illinois et al.* 431 U.S. 720, 1977.

FERNANDES, Luana (no prelo). *Passing-On Defense: uma análise da jurisprudência brasileira atual em ações de reparação de danos por cartel*. **Revista do IBRAC**, 2021.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. RDC, Vol. 1, n° 2, novembro de 2013.

FORGIONI, Paula. **Fundamentos do Antitruste**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, 2014.

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

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GREENFIELD, Leon B.; OLSKY, David F. *Treble damages: to what purpose and to what effect?* Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 6.

HARVARD. *Apple Inc. v. Pepper et al. In: The Supreme Court — Leading Cases. Clayton Antitrust Act and Sherman Antitrust Act — Antitrust Trade and Regulation — Antitrust Standing*. Harvard Law Review. Vol. 133:382. 2019. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2019/11/apple-inc-v-pepper/>. Acesso em 9 de fevereiro de 2021.

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. *Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases*. São Francisco: University of San Francisco Law, Research Paper n° 2010-07. Vol. 42, 2008, p. 879.

LEMOS, Thales de Melo e. **A reparação civil dos danos causados por cartéis no Brasil: fundamentos, evolução e desafios**. Trabalho de Conclusão de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017.

LOGMAN, Timothy S.; OSTOYICH, Joseph. *US Private Enforcement. The Antitrust Review of the Americas 2011*. 2010. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/review/the-antitrust-review-of-the-americas/the-antitrust-review-of-the-americas-2011/article/us-private-enforcement>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. **Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel**. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Criminal**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006, p. 83/84.

MORAIS, Isabela Nogueira de. Cadeias produtivas globais e agregação de valor: a posição da china na indústria eletroeletrônica de consumo. **Revista Tempo do Mundo**, v. 4, n. 3, p. 5-46, 5 dez. 2019.

OCDE. *Fighting Hard-core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>. Acesso em 19 de março de 2021.

OCDE. *Relationship between public and private antitrust enforcement – United States*. DAF/COMP/WPR3/WD. 2015.

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

PEIXOTO, Brunno Lanna; SILVA; Ludmilla Martins. Ações reparatórias 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

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor**, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2010.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. O princípio da reparação integral e a “contraofensiva” da culpabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 57, n. 226, p. 71-92, abr./jun. 2020.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

POZEN, Sharis *et al. Antitrust Litigation*. In: *Chambers Global Practical Guide*. 2019. Disponível em <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/Antitrust%20Litigation%202019%20USA%20Chambers%20Antitrust%20Litigation%202019%20Guide.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

SANTOS, Paulo Márcio Reis. *Umbrella Effects e a repressão a cartéis no Brasil: análise sob a ótica do private enforcement*. Tese de doutorado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

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

SHEARMAN & STERLING. *Antitrust Discovery and International Comity: Limitations to Document Production*. 2018. Disponível em: <https://www.antitrustunpacked.com/?itemid=60>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

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

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**: conforme a Constituição da República. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TITO, Fabiana. **Ensaio sobre danos de cartel**: metodologias de cálculo do sobrepreço, efeito repasse (pass-on) e multa ótima. 2018. Tese de Doutorado, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018a.

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

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.

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

TJDFT. Procedimento Comum nº 0034072-87.2013.8.07.0001, 2ª Vara Cível, Juiz Carlos Eduardo Batista dos Santos, julgado em 19 de fevereiro de 2021.

TJPR, Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória nº 0045265-50.2013.8.16.0001, 6ª Câmara Cível, Juíza Ana Lucia Ferreira, julgado em 6 de abril de 2017.

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. Apelação Cível nº 1049435-24.2017.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Alexandre Coelho, julgado em 30 de setembro de 2020, p. 7.

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.

TJSP. Apelação Cível nº 1076944-27.2017.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, julgado em 9 de dezembro de 2020.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. 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.

TJSP. Ação de obrigação de fazer com preceito cominatório cumulado com repetição de indébito e exibição de documento com pedidos de tutela antecipada nº 4000293-94.2013.8.26.0405, 5ª Vara Cível, Juíza Roberta Poppi Neri Quintas, julgado em 11 de julho 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.

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.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014**, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia Texto relevante para efeitos do EEE. Disponível em <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>. Acesso em 31 de janeiro de 2021.

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. In: *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.

WRIGHT, Robert M. *Legal Cause in Treble Damage Actions Under the Clayton Act*. 27 Md. L. Rev. 275 (1967), p. 275 e 276. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/56356634.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

## APÊNDICE A – LISTA DE ARDCs IDENTIFICADAS

<b>Número do processo</b>	<b>Partes</b>	<b>Setor envolvido</b>	<b>Tribunal</b>
2034855-20.2013.8.26.0000	Electrolux do Brasil S.A; Whirlpool S.A; Brasmotor S.A.	Compressores herméticos para refrigeração	TJSP
0548926-49.2000.8.26.0100	Laboratório Teuto-Brasileiro S. A.; Abbott Laboratórios Do Brasil Ltda., Ely Lilly Do Brasil Ltda., Schering Do Brasil Química E Farmacêutica Ltda., Indústria Química Farmacêutica Schering Plough S. A., Produtos Roche Química E Farmacêutica S. A., Searle Do Brasil Ltda. (hoje Monsanto Do Brasil Ltda.), Laboratórios Biosintética Ltda., Bristol-Myers Squibb Brasil S. A., Hoechst Marion Roussel S. A. (hoje Aventis Pharma Ltda.), Bayer S. A., Eurofarma Laboratórios Ltda., e outros.	Genéricos	TJSP
9153711-04.2002.8.26.0000	Embark de Embalagens Ltda. e Union Carbide do Brasil S.A.	Polietileno	TJSP
7099345-90.2009.8.13.0024	Air Liquide Brasil Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.; IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda.; Associação dos Hospitais de Minas Gerais – AHMG	Gases industriais	TJMG
0002314-26.2009.8.26.0511	Agrícola Três Meninas Ltda.; Cosan S.A. Industria e Comercio	Cana de açúcar	TJSP
0149141-75.2009.8.26.0100	Lince Veículos e Peças Ltda.; General Motors do Brasil Ltda.; e outros	Transporte	TJSP
0000233-25.2011.4.03.6100	SABESP; White Martins Gases Industriais S.A; e outros	Gases industriais	JFSP
0207138-16.2009.8.26.0100	Antônio Carlos Sanches Fracalossi e Coinbra-frutesp Agroindústria Ltda.	Laranja	TJSP
4000293-94.2013.8.26.0405	CVL Comercio e Representação de Produtos Alimentícios Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJSP
0030899-82.2004.8.26.0602	Air Liquide Brasil Ltda.; Laboratório Bio Vet S.A.	Gases industriais	TJSP
0069695-96.2004.8.26.0100	Hospital e Maternidade Bartira S/A; IBG - Indústria Brasileira de Gases Ltda.	Gases industriais	TJSP
0007382-52.2005.8.26.0072	Bulle Arruda S.A. Agropastoril; Coinbra Frutesp S.A.	Laranja	TJSP
0600850-72.2010.8.13.0145	Gerdau S.A.; Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos Açomax Ltda.; e outros	Vergalhões de aço	TJMG
0163141-17.2009.807.0001	Lucilene Lelis Guedes Epp; Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda.; Liquigás Distribuidora S.A. e SHV Gás Brasil Ltda.	GLP	TJDFT

<b>Número do processo</b>	<b>Partes</b>	<b>Setor envolvido</b>	<b>Tribunal</b>
0018307-50.2013.8.21.0013	Hospital de Caridade de Erechim; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.	Gases industriais	TJRS
0010179-36.2006.8.19.0209	Click Papel Distribuidora de Papel Ltda. e International Paper do Brasil Ltda.	Papel	TJRJ
0045265-50.2013.8.16.0001	White Martins Gases Industriais Ltda.; Liga Paranaense de Combate ao Câncer	Gases industriais	TJPR
0130316-15.2011.8.26.0100	Air Liquide Brasil Ltda.; Granel Química Ltda.	Gases industriais	TJSP
0010845-11.2013.8.26.0625	Forming Tubing do Brasil Industria Comercio e Representações Ltda. e White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJSP
0020519-21.2011.8.26.0451	Acocort Oxicorte Industria e Comercio Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJSP
1076834-28.2017.8.26.0100	Seisan Engenharia e Construções Ltda.; Holcim Brasil S.A. e outros	Cimento/Concreto	TJSP
1076912-22.2017.8.26.0100	M.A. Engenharia Ltda.; Holcim (Brasil) S.A.; Votorantim Cimentos S/A; Itabira Agro Industrial S/A; Intercement Brasil S/A; Cia De Cimento Itambé	Cimento/Concreto	TJSP
1050042-37.2017.8.26.0100	Construtora Gmaia Ltda.; Lafargeholcim (Brasil) S/A; Votorantim Cimentos S/A; Itabira Agroindustrial S/A; Intercement Brasil S/A; Cia. De Cimento Itambé	Cimento/Concreto	TJSP
1076737-28.2017.8.26.0100	Estrutura Engenharia & Construção Ltda.; Lafargeholcim (Brasil) S/A; Votorantim Cimentos S/A; Itabira Agroindustrial S/A; Intercement Brasil S/A e Companhia de Cimento Itambé.	Cimento/Concreto	TJSP
1129172-13.2016.8.26.0100	Sindicato Nacional das Indústrias de Cimento; Concremix S.A.; Votorantim Cimentos S.A.	Cimento/Concreto	TJSP
1077031-80.2017.8.26.0100	Wanmix Ltda.; Holcim (Brasil) S.A.; Itabira Agroindustrial S/A; Intercement Brasil S.A e Cia de Cimento Itambé	Cimento/Concreto	TJSP
1049985-19.2017.8.26.0100	Mendes Júnior Engenharia S/A; Cia de Cimento Itambé	Cimento/Concreto	TJSP
1076848-12.2017.8.26.0100	Empresa Construtora Brasil S.A.; Holcim Do Brasil; Votorantim Cimentos S/A; Itabira Agro Industrial S/A; Intercement Brasil S.A; Cia De Cimento Itambé e Lafargeholcim Brasil S/A	Cimento/Concreto	TJSP
1076726-96.2017.8.26.0100	Novus Engenharia Ltda.; Holcim Brasil S.A.; Votorantim Cimentos S.A; Itabira Agro Industrial S.A.; Intercement Brasil S.A; e Cia de Cimento Itambé	Cimento/Concreto	TJSP
1105859-57.2015.8.26.0100	<i>Brasileste Gases Industriais Ltda. - EPP; White Martins Gases Industriais Ltda.</i>	Gases industriais	TJSP

<b>Número do processo</b>	<b>Partes</b>	<b>Setor envolvido</b>	<b>Tribunal</b>
1076721-74.2017.8.26.0100	Completa Engenharia S/A; LafargeHolcim (Brasil) S.A.; Votorantim Cimentos S.A.; Itabira Agroindustrial S.A.; Intercement Brasil S.A. e Cia de Cimento Itambé	Cimento/Concreto	TJSP
1076730-36.2017.8.26.0100	Egesa Engenharia S/A; Holcim Brasil S.A.; Itabira Agro Industrial S/A; Intercement Brasil S.A. (nova Razão Social de Camargo Correacimentos S.A.); Companhia de Cimento Itambé e Votorantimcimentos S/A	Cimento/Concreto	TJSP
0004954-43.2013.8.21.0012	Santa Casa de Caridade de Dom Pedrito; Linde Gases Ltda/Aga S.A.; Air Liquide Brasil Ltda.; Air Products do Brasil Ltda.; IBG Industria Brasileira de Gases Ltda. e White Martins Gases Industriais S/A	Gases industriais	TJRS
1076640-28.2017.8.26.0100	Itabira Agro Industrial S/A; Companhia de Cimento Itambé; Votorantim Cimentos S/A; Intercement Brasil S.A.; e Holcim Brasil S.A.	Cimento/Concreto	TJSP
1050035-45.2017.8.26.0100	Paez de Lima Construções Comércio e Empreendimentos Ltda.; Gardem Engenharia e Empreendimentos Ltda.; Seta Construções e Comércio Ltda.; Votorantim Cimentos S/A e LafargeHolcim (Brasil) S.A.	Cimento/Concreto	TJSP
1076734-73.2017.8.26.0100	Construtora Itamaracá Ltda.; LafargeHolcim Brasil S/A e outras	Cimento/Concreto	TJSP
0001113-97.2011.8.19.0066	Hinja - Hospital e Maternidade Jardim Amália Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJRJ
0026163-62.2010.8.19.0066	Hinja - Hospital e Maternidade Jardim Amália Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJRJ
0001118-22.2011.8.19.0066	Hinja - Hospital e Maternidade Jardim Amália Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJRJ
1077205-89.2017.8.26.0100	Mecanorte Construções e Empreendimentos Ltda.; Holcim Brasil S/A; Votorantim Cimentos S/A; Itabira Agro Industrial S/A. Intercement Brasil S/A e Companhia de Cimento Itambé	Cimento/Concreto	TJSP
1047853-52.2018.8.26.0100	Companhia de Tecidos Norte de Minas – Coteminas; Coteminas S.A.; Companhia de Tecidos Santanense; Evonik Brasil Ltda.; Peróxidos Do Brasil Ltda.	Peróxidos de hidrogênio	TJSP
1049435-24.2017.8.26.0100	V. S. DE C. LTDA, H. B. S.A. e V. C. S/A.	Cimento/Concreto	TJSP
1050023-31.2017.8.26.0100	I.E.L.; V.C.S.A, H.(B.) S.A, I.A.I.S.A, I.B.S.A e C.C.I	Cimento/Concreto	TJSP
1076944-27.2017.8.26.0100	M.A. Engenharia Ltda.; Holcim Brasil D.A.; Votorantim Cimentos S.A.; Itabira Agroindustrial S.A.; Intercement Brasil S.A. e Cia de Cimento Itambé	Cimento/Concreto	TJSP
0034072-87.2013.8.07.0001	Associação Brasileira das Industrias de Refrigerantes e Bebidas Alcoólicas; White Martins Gases Industriais Ltda.; e outros	Gases industriais	TJDFT

<b>Número do processo</b>	<b>Partes</b>	<b>Setor envolvido</b>	<b>Tribunal</b>
1076706-08.2017.8.26.0100	LafargeHolcim do Brasil S.A.; RDR Engenharia Ltda.	Cimento/Concreto	TJSP
0282516-64.2015.8.21.7000	Linde Gases Ltda.; Associação Beneficente Manoel Francisco Guerreiro	Gases industriais	TJRS
3050070-07.2013.8.13.0024	Mate Couro S.A.; White Martins Gases Industriais	Gases industriais	TJMG
9848158-78.2006.8.13.0024	Arcelor Mittal; Cobraço Comercial Brasileira de Aço Ltda.; Companhia Siderurgica Belgo Mineira e Outros.	Vergalhões de aço	TJMG
1095876-97.2016.8.26.0100	Messer Gases Ltda.; Companhia Siderúrgica Nacional; IBG - Indústria Brasileira de Gases Ltda.; Linde Gases Ltda.; White Martins Gases Industriais S.A.	Gases industriais	TJSP
1065317-65.2013.8.26.0100	FEHOSP - Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo; White Martins Gases Industriais S.A. e outros	Gases industriais	TJSP
0027461-76.2012.8.26.0405	Antilhas Embalagens Editora e Grafica S/A e White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJSP
0041466-96.2013.8.16.0001	AHOPAR - Associação dos Hospitais do Paraná; Sindipar - Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Paraná; FEHOSPAR - Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde no Estado do Paraná; FEMIPA - Federação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Beneficentes do Estado do Paraná; Air Liquide Brasil Ltda.; Air Products Brasil Ltda.; IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda.; Linde Gases Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJPR
0011145-05.2014.4.02.5001	Estado do Espírito Santo; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	JFES
0004023-40.2008.8.26.0347	Citrosuco S/A Agroindustria; Olga Barbeiro Junqueiro e outros	Laranja	TJSP
0194437-57.2008.8.26.0100	Antônio Carlos Fávero e outros; Louis Dreyfus Commodities Agroindustrial Ltda.	Laranja	TJSP
0012022-83.2009.8.26.0161	Engemetal Construções e Montagens Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJSP
0061198-07.2011.8.26.0114	Danpower Caldeiras e Equipamentos Ltda.; White Martins Gases Industriais Ltda.	Gases industriais	TJSP
0085233-65.2012.815.2001	Campina Gás Comércio e Representações; Liquigás Distribuidora S/A.	GLP	TJPB
0724707-91.2012.8.13.0079	Cia Industrial H. Carlos Shneider, Ciser Nedschroef Fixadores Automotivos e White Martins Gases Industriais	Gases industriais	TJMG

<b>Número do processo</b>	<b>Partes</b>	<b>Setor envolvido</b>	<b>Tribunal</b>
1000964-64.2020.8.26.0037	Maria de Lourdes Bandini Jotto e Sucocítrico Cutrale Ltda.	Laranja	TJSP
1002741-33.2019.8.26.0615	Egydio Boscheti Neto e Sucocítrico Cutrale Ltda.	Laranja	TJSP
1013956-91.2019.8.26.0037	Antônio Claudemir Teles e Sucocitrico Cutrale Ltda.	Laranja	TJSP
0378250-24.2014.8.21.0001	Hospital de Caridade de Crissiumal; Air Liquide Brasil Ltda.; Linde Gases Ltda.	Gases industriais	TJRS