

DANOS EM CARTEL, EFEITO REPASSE E AS AÇÕES DE REPARAÇÃO: UMA ABORDAGEM ECONÔMICA.

Fabiana Tito

Resumo: O presente estudo visa contribuir no esclarecimento de conceitos econômicos e práticos para repaldar o cálculo de danos no âmbito de ações reparatórias em casos de cartéis. Aspectos econômicos da literatura antitruste e de organização industrial relacionados a danos de cartel são expostos, considerando os três principais itens: (i) sobrepreço ou aumento de custo (preço adicional cobrado pelo insumo/serviço cartelizado), (ii) repasse de parcela do sobrepreço aos consumidores indiretos (pass-on effect), e (iii) perda de quantidade vendida (output effect) e de que forma tais fatores devem ser considerados para um adequado cômputo do dano.

Palavras-Chave: Antitruste, Cartel, Cálculo de Danos, Sobrepreço, Efeito Repasse e Ação de Reparação.

Antitrust, Cartel, Damage Quantification, Overcharge, Pass-on Effect and Class Actions.

1. Introdução

Ao suprimir a pressão competitiva, o cartel distorce a alocação produtiva, impondo custos adicionais significativos a todos aqueles envolvidos, direta e indiretamente, na aquisição dos produtos e/ou serviços cartelizados. A ausência de concorrência também acarreta perda de bem-estar, à medida que a eficiência econômica não é alcançada, não apenas pela menor produção, mas também pelo desestímulo à redução de custos e promoção de inovações que aprimorem os processos produtivos das empresas. Isso resulta, no longo prazo, em perda da competitividade da economia como um todo.

Quando um cartel tem sucesso no aumento de preço, o montante cobrado em excesso é o chamado sobrepreço e os lucros exorbitantes dessa diferença, multiplicada pela quantidade vendida durante a conduta, são apropriados pelo cartel em forma de vantagem auferida. Já a parcela de vendas que alguns consumidores deixam de adquirir é considerada “peso morto” ou perda para a sociedade. Ou seja, os lucros das empresas aumentam, enquanto o excedente do consumidor diminui em relação ao mercado competitivo.

Sendo assim, práticas de cartel são consideradas infrações à ordem econômica previstas no art. 36, incisos I, II, III e X da Lei nº 12.529/11, bem como no art. 4º da Lei nº 8137/90.

Diante ao grande caráter lesivo à concorrência, à sociedade e ao bem-estar, a necessidade de aumentar os esforços para dissuadir a prática de cartel e restituir os montantes ilegalmente extraídos (danos), objetiva-se esclarecer e expor os principais tópicos referentes aos danos do cartel, em especial três aspectos inter-relacionados: **o sobrepço e sua relevância como principal referência de dano; o impacto do efeito repasse (*pass-on*) no cálculo do dano privado, principalmente, em ações reparatórias, além da perda de vendas (*output effect*).**

A estimativa de danos serve tanto como medida de reparação de danos aos consumidores diretos e indiretos em processos privados, quanto para balizar o cálculo das penalidades ótimas, na busca da efetividade de dissuasão da conduta pela Autoridade da Concorrência. O presente artigo aborda, economicamente, o primeiro tema: fatores econômicos que influenciam a mensuração dos danos em ações de reparação de danos.

Feita esta introdução, o estudo expõe na **seção 2**, de maneira sucinta, as implicações econômicas do cartel, enquanto a **seção 3** introduz os danos relacionados ao cartel e a **seção 4** foca no dano vinculado ao sobrepreço. A **seção 5** apresenta discussões de demais elementos relevantes na mensuração de danos de cartel: o efeito-repasse (*pass-on effect*) e a perda de vendas (*output effect*), aspectos que não podem ser negligenciados na mensuração do cálculo de danos total, especialmente em casos de reparação de danos. A **seção 6** traz uma discussão prática de possíveis cenários de como abordar a mensuração de danos, em especial com relação ao tema repasse e a depender do consumidor atingido pela prática do cartel e seu elo na cadeia. Por fim, a **seção 7**, tece as considerações finais.

2. Implicações Econômicas do Cartel

Em um mercado competitivo, cada firma toma decisões autônomas em relação a preços e quantidades, visando obter o melhor resultado. No entanto, pode ser lucrativo para as empresas entrarem em um acordo para reduzir a pressão competitiva. Tal acordo, quando orquestrado deliberadamente por empresas que, de outra forma, seriam concorrentes, é denominado cartel.

O cartel, portanto, se caracteriza pela troca, de maneira coordenada, de informações sensíveis entre duas ou mais empresas de um segmento de atividade, com vistas à definição de condições quanto ao estabelecimento de preços, nível de produção, quantidade ofertada, ou qualquer outro aspecto que influencie a livre formação de preços no mercado de seus produtos. Sendo assim, práticas de cartel são consideradas infrações à ordem econômica previstas no art. 36, incisos I, II, III e X da Lei nº 12.529/11, bem como no art. 4º da Lei nº 8137/90¹, uma vez que afeta o bem-estar social, prejudicando economicamente os agentes do mercado que não fazem parte da coordenação, além da concorrência e dos consumidores.

O impacto de tal conduta em termos de preços e bem-estar social pode se dar em diferentes graus, sendo a extensão do comportamento colusivo importante para a verificação e mensuração dos danos decorrentes dessa prática. A ocorrência e extensão desse comportamento decorre da presença de fatores facilitadores à coordenação entre seus integrantes, entre os quais se pode citar o nível de concentração do mercado, a simetria entre seus participantes, a ausência de produtos substitutos, a frequência de vendas, a (in)eficiência de mecanismos de detecção de uma ação colusiva, entre outros fatores que permitem que a ação coordenada se dê sob baixo custo de monitoramento.

Sob a perspectiva econômica, denomina-se colusão a situação em que um grupo de competidores aumenta ou tenta aumentar preços, por meio de comunicações diretas ou indiretas entre si, com a finalidade de acertar preços acima de um nível que ocorreria na ausência da troca de informação (Motta, 2004). Uma definição similar seria a de que firmas determinam preços próximos aos de um monopólio. A motivação de formar um cartel advém do fato de os participantes do cartel poderem aumentar lucros conjunta e, conseqüentemente, individualmente em relação ao cenário concorrencial.

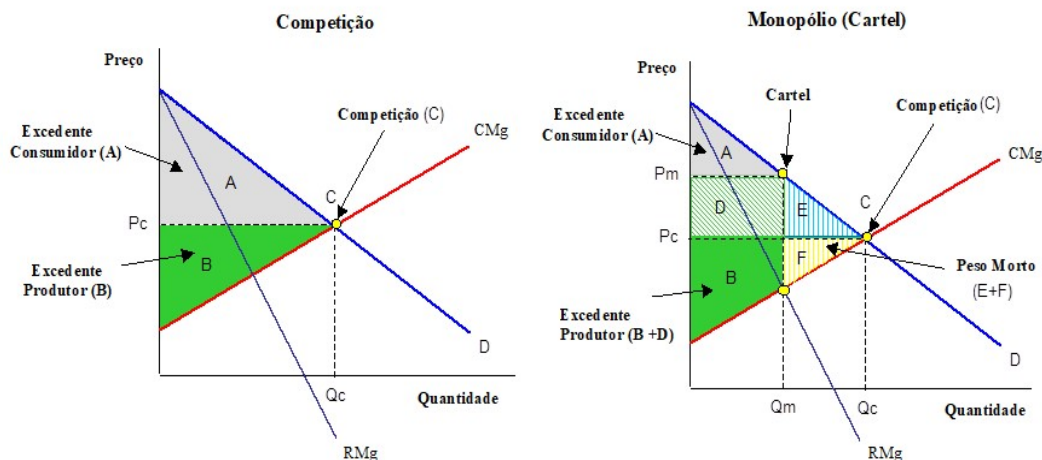
O cartel simula o comportamento de um monopolista e, para obter esse resultado, o cartelista deve ter o controle da oferta. Por essa razão, o acordo entre empresas em geral envolve fixação de preços, divisão do mercado e, em alguns casos, imposição de tetos ou quotas de produção para cada participante.

¹ Tem-se a mesma interpretação em outras jurisdições, como na Europa no art. 81 da Comissão Europeia, nos Estados Unidos no *Sherman Act* e no Reino Unido no Capítulo 1 do seu *Competition Act*. Em todos há proibição de coordenação entre os concorrentes com o objetivo de diminuir a concorrência.

A 0 mostra como se dá a maximização de lucro, a restrição de quantidade e o aumento de preços ao sair de uma situação de competição para monopólio (cartel). A figura à esquerda revela a situação de competição com preço (P_c) igual ao custo marginal (CMg), enquanto o gráfico à direita revela a nova configuração em cartel e a respectiva perda de peso morto ($E + F$).

Quando o cartel se forma e reduz a produção para um cenário de monopólio com $CMg = RMg$, o preço (P_m) será mais alto e a quantidade menor (Q_m) do que em uma indústria competitiva (Q_c). Nesse novo patamar, o excedente do consumidor (EC) diminui para A , enquanto o excedente do produtor (EP) passa a ser $(B + D)$. Ou seja, comparado à situação de competição, o EC é reduzido pelas áreas $D + E$, enquanto o EP passa a ser apenas a área F . No entanto, o cartel captura algum excedente do consumidor, correspondente à área D . O ganho no EP para o cartel da área D ainda é menor do que a perda total para os consumidores (áreas $D + E$) e os produtores (área F), portanto, a perda total de peso morto para a sociedade é $(E + F)$; sendo a perda do consumidor “ E ” e a do produtor “ F ”.

Figura 1. Maximização de lucro: competição x monopólio (cartel)



Fonte: Elaboração Própria.

Portanto, enquanto a indústria competitiva opera em um nível de produção em que o preço se iguala ao custo marginal, o monopolista típico resolve sua função de maximização de lucro igualando receita marginal ao custo marginal. Nessa situação, a quantidade comercializada será inferior à que seria vislumbrada em um mercado competitivo, enquanto o preço será superior, conforme ilustrado na figura acima. Por consequência, o consumidor terá seu bem-estar reduzido, com dano representado pelas áreas D (sobrepço)

e E (perda de vendas)², e as empresas se apropriam de parte do excedente dos seus clientes (bem-estar do consumidor), correspondente à área D (sobrepço) na 0. Esse excedente, que iria para os clientes em mercados competitivos, passa a ser lucro do cartel.

Os cartéis, vistos como a prática anticoncorrencial com efeitos mais deletérios no mercado, podem gerar problemas de diferentes naturezas. O mais comum é o aumento de preços e a menor quantidade comercializada de bens e serviços. No entanto, podem também resultar em menor variedade e qualidade de produto. Certamente, esse comportamento beneficiará as empresas envolvidas, mas prejudicará os seus clientes que terão um leque de escolhas reduzido e qualidade inferior de produtos, com reflexos negativos sobre a taxa de crescimento da produtividade e da renda.

Por essa razão, alguns autores têm dedicado toda sua pesquisa acadêmica a esse tema. É o caso do Professor John Connor, que, em Connor e Lande (2012), afirma: “*Cartels have always been the highest concern of antitrust. They overcharge consumers many billions of dollars every year and there is a strong consensus that they should be sanctioned heavily.*”

3. Danos Relacionados ao Cartel

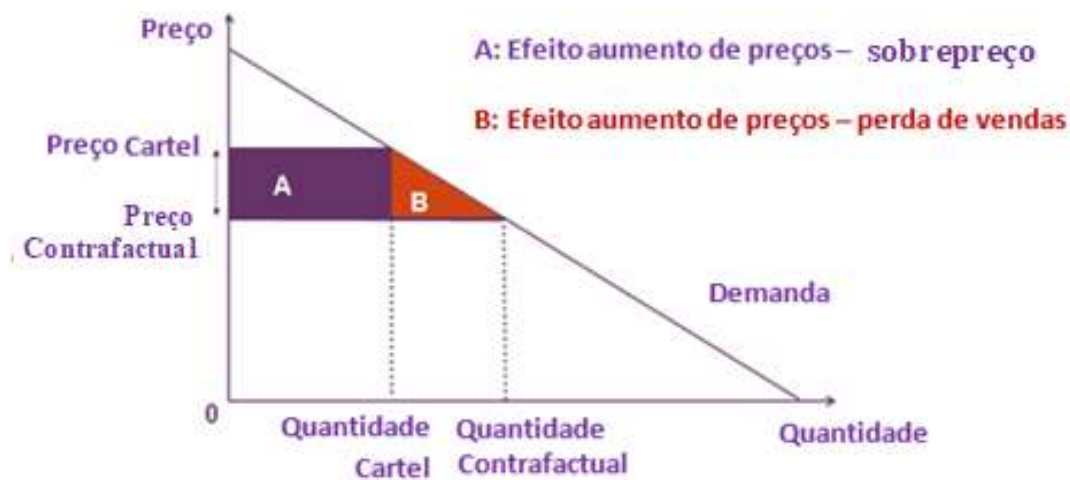
O cartel pode envolver tanto produtos finais como insumos utilizados em processos produtivos, em vista disso, pode haver vários consumidores afetados ao longo da cadeia. Para a literatura antitruste, os danos aos consumidores decorrentes do cartel **decompõem-se em três fatores**: (i) **sobrepço**, ou seja, o (preço adicional pago pelo comprador pelo insumo cartelizado), (ii) **repasse de parcela do sobrepço** aos consumidores finais (*pass-on effect*), e (iii) **perda na quantidade consumida** (*output effect*).

A principal medida do dano econômico causado pelo cartel é o sobrepço imposto ao cliente, sendo a referência mais usada no pedido de indenizações de danos causados por cartéis, tal como afirma Connor (2007): “*Esta é uma medida monetária dos custos extras incorridos pelos compradores como um resultado direto das ações do grupo conspiratório*” (p.44).

A ilustração da 0 mostra os principais efeitos do aumento de preço resultante do cartel.

² Ou seja, o efeito quantidade advém do consumidor que sai do mercado porque o preço em cartel fica superior a seu preço de reserva.

Figura2. Efeitos do aumento de preço pelo cartel



Fonte: Elaboração Própria.

A 0 mostra os principais efeitos do aumento de preço resultante do cartel, sendo a área “A” a perda relacionada ao aumento de preços (sobrepço) e a área “B” a perda relacionada à perda de vendas (*output effect*). Caso haja algum repasse da diferença entre o preço do cartel e o preço do contrafactual, este deve ser descontado da área A da 0, visto que o consumidor direto teria, em tese, amenizado parte do seu dano associado ao aumento do custo desse insumo/serviço.

Em contrapartida, o repasse de parte (ou a totalidade) do sobrepreço, caso exista, afeta os consumidores indiretos ou finais. Assim, o repasse também é caracterizado por um dano, sendo o agente atingido o consumidor indireto ou final, mas considerado transferência de renda em termos de danos, visto que o prejuízo é gerado na cadeia adiante (consumidores finais).

A quantificação de danos de cartel pode ser interpretada como uma etapa fundamental para estabelecer desde o nível apropriado de compensação das vítimas do cartel (consumidores diretos e indiretos), em ações de reparação de danos, quanto para estimar os lucros ilegais extraídos pelas firmas partícipes do cartel e auxiliar no embasamento do cálculo de multas ótimas aplicadas pelas autoridades competentes.

4. Danos pelo Sobrepreço

A principal parcela do dano sofrido pelos consumidores diretos é a baseada em cálculos de sobrepreço, chamado de *price overcharge* na

literatura, e corresponde à diferença entre o preço cartelizado e aquele na ausência da conduta colusiva (*but for price*).

$$\text{sobrepço} = p^{\text{cartel}} - p^{\text{but for price}}$$

Sendo seu percentual ∂ representado por:

$$\partial = \frac{p^{\text{cartel}} - p^{\text{but for price}}}{p^{\text{but for price}}}$$

A literatura considera que o dano calculado com base nesse referencial é um limite inferior na quantificação de danos, dado que os efeitos de redução de quantidade e da perda de peso morto são fatores ignorados. Ademais, o entendimento é de que o cálculo é subestimado, tendo em vista que são negligenciados efeitos dinâmicos relevantes, tais como reduções de custos, melhorias de qualidade e estímulos às inovações, uma vez que as firmas cartelizadas se acomodam na ausência de rivalidade e perdem o incentivo em competir entre seus concorrentes.

Calcular o montante de aumento de preço decorrente do cartel (sobrepço) corresponde a estimar qual seria o preço na ausência da conduta anticompetitiva (*but for price*) ou, em um contexto teórico, estimar qual seria o preço em um ambiente competitivo. Esse cenário é o chamado “contrafactual”, pois mimetiza o preço em um cenário com ausência do cartel. Calcular a extensão do sobrepço exige informações a respeito do mercado atingido, principalmente em relação a preços, tanto durante o período de cartel quanto fora dele (chamado de período de contrafactual ou controle).

A literatura sobre os métodos é relativamente extensa: Finkelstein e Levenbach (1983), Connor (2001), Brander e Ross (2006), Connor e Bolotova (2006), European Commission/Oxera (2009), Davis e Garcés (2010), Boyer e Kotchoni (2011), entre outros. Há diversas técnicas analíticas disponíveis para construir o que se entende por *but for price* e cada uma delas se baseia em pressupostos que precisam ser conhecidos e explicitados pelo analista de forma a condizer, de forma mais próxima e razoável, ao cenário a ser estimado. Dentre as abordagens têm-se:

- **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).

A abordagem comparativa é a mais usada dentre todas, mas há métodos que requerem uma quantidade menor de dados, tais como os baseados em estrutura de mercado, visto que podem ser obtidos via cenários competitivos e pressupostos. Entretanto, qualquer método depende de hipóteses assumidas e os resultados devem ser complementados e alinhados com a investigação feita sobre o caso em análise.

Uma forma mais rigorosa de se aplicar a abordagem comparativa é estimar, via modelos de regressão, a relação entre o mercado cartelizado e as variáveis causais que afetam o preço. Nesse procedimento, duas abordagens comuns são: i) analisar os fatores causais ao longo da evolução do preço do produto ou serviço investigado e usando uma variável *dummy* durante o período do cartel, e ii) por meio de modelo preditivo ajustado com base em observações do período em que não havia cartel.

5. Danos pelo Efeito Repasse e Perda de Vendas

O *sobrepreço* é o principal componente direto de danos causados ao consumidor, entretanto, ele não é o único. Segundo Dijk e Verboven (2007) e Davis e Garcés (2010), há dois outros fatores relevantes que não podem ser negligenciados no cálculo do dano ao consumidor: efeito repasse de preço (*pass-on effect*) e o efeito da perda de vendas (*output effect*).

O *efeito repasse* corresponde ao repasse (parcial ou total) do sobrepreço aos consumidores finais, que ocorre quando há um elo intermediário da cadeia. Esta parcela é considerada como efeito indireto aos

consumidores finais, visto que ela representa o sobrepreço ou dano sofrido por estes consumidores e não pelos consumidores diretos do cartel.

Já a *perda de vendas* 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.

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. Assim o dano total é dado pela 0:

Figura 3. Dano Total do Cartel relacionado ao Consumidor Direto (CD), ao Consumidor Indireto (CI) e Dano Total



Fonte: Elaboração Própria.

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. Esta parcela de dano é bastante relevante em pedidos de reparação de danos em processos

civis, pois a defesa baseada no *pass-on* pode, a depender das características do mercado, diminuir a parcela requerida de indenização. 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.

5.1 Partes afetadas pela prática do cartel

A literatura para cálculo de danos de cartel normalmente usa modelos estruturados em três agentes: empresa cartelizada a montante, firma consumidora direta a jusante (ou *downstream* que é o comprador direto do insumo cartelizado) e consumidores finais que compram o produto da firma intermediária. Com relação às partes afetadas pelo cartel tem-se que:

O primeiro cenário (toda indústria) considera que todos os competidores no mercado a jusante são afetados pelo cartel da mesma forma, ou seja, o acréscimo do custo do insumo – sobrepreço – é comum a todos. Diante do impacto comum a todos os competidores, o efeito *pass-on* acaba prevalecendo a depender do grau de competição – *Cournot* ou *Bertrand*. E, neste caso, a menos que exista apenas uma empresa no mercado *downstream*, o efeito do *pass-on* não costuma se sobressair ao efeito perda de vendas, e não haverá redução sobre o montante calculado pelo sobrepreço.

O segundo cenário (indústria específica) ocorre quando o aumento do custo (ou sobrepreço) incide apenas em uma parte dos competidores do mercado a jusante. Este é o caso principalmente quando uma das empresas do cartel é verticalmente integrada a um dos competidores a jusante e não tem o incentivo econômico de repassar o sobrepreço a ele. Aqui o efeito perda de vendas acaba se tornando mais relevante, o que impede que o repasse seja alto, pois os demais competidores não integrados, por estarem em desvantagem econômica competitiva, não conseguem repassar o aumento de custo de forma significativa, visto que, ao fazer isso, haveria perda de vendas para aqueles verticalizados que não sofrem acréscimo de preços dos insumos. Neste caso, o efeito *pass-on* deve continuar economicamente válido em competição *a la Bertrand*, mas pode não existir quando houver muitos competidores não afetados em mercados com competição *a la Cournot*.

De forma geral, estudos mostram que o desconto (efeito repasse e perda de vendas) aplicado ao sobrepreço é justificável (ou seja, que há alguma existência de repasse), a menos que grande parte dos concorrentes no mercado *downstream* não tenha sido afetada pelo cartel, de forma que o repasse do sobrepreço provocaria efeito redução de vendas (*output effect*) maior que o efeito do repasse de preço. Ou seja, em análises de pedido de reparação de

danos, quando há alegação da parte contrária de que houve repasse, na tentativa de diminuir o montante devido, há que sobrepesar a existência de outro elemento que majora o dano, que é o consequente efeito de perda de vendas, visto que o *pass-on* e o *output effect* têm efeitos opostos no cálculo do dano.

A 0 resume alguns dos fatores que afetam o dano mensurado pelo sobrepreço, sendo o efeito *pass-on*, um possível componente de desconto (-), enquanto o efeito perda de vendas reflete uma possível majoração (+) nos danos calculados pelo sobrepreço.

Tabela 1. Resumo dos Fatores que afetam o desconto (*pass-on* e *output effect*) aplicado ao sobrepreço

Fatores que afetam o “desconto” (<i>pass-on</i> (-) e <i>output effect</i> (+)) aplicado ao sobrepreço	
Cartel atinge todas as firmas <i>downstream</i> (<i>industry-wide</i>)	Cartel atinge apenas um grupo de firmas <i>downstream</i> (<i>firm-specific</i>)
Elasticidade da oferta	Elasticidade da oferta
Elasticidade da demanda	Elasticidade da demanda
Grau de competição no mercado/Número de competidores no mercado	Grau de competição no mercado/Número de competidores no mercado
Importância do insumo no custo total	Importância do insumo no custo total
	Número de competidores afetados pelo sobrepreço

Fonte: Elaboração Própria com base nos estudos de Verboven e van Dijk (2009).

Com relação à quantificação de ambos os efeitos, os procedimentos também se baseiam em modelos quantitativos e econométricos. Há algumas metodologias disponíveis para a estimação do efeito repasse e do efeito perda de vendas, quando há dados disponíveis, conforme exposto abaixo. Entretanto, quando os dados são escassos ou não existem, analistas recorrem a evidências qualitativas.

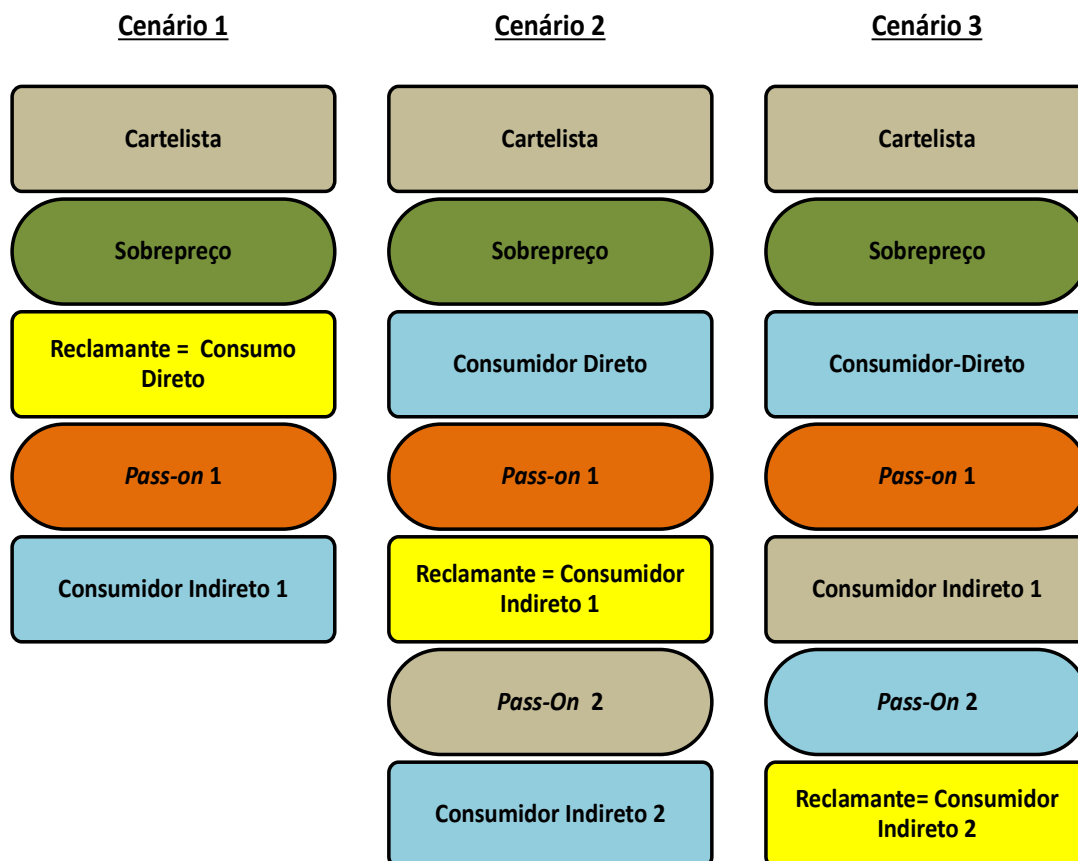
Para estimação do *pass-on*, quando há informações de preços disponíveis, é possível tanto usar modelos baseados em comparação e/ou modelos de regressão. Modelos baseados em comparação são similares aos usados na estimação do sobrepreço, usando contrafactuais de preços, margens

e volumes que podem ser: i) antes e depois da conduta; ii) produtos iguais ou similares de outras regiões geográficas ausentes da conduta; e iii) uma combinação de ambos, chamados de modelos *diferença em diferença*. Tal método depende de encontrar *benchmarks* de contrafactual que não estejam contaminados pela conduta investigada, assim como obter dados suficientes para controlar as demais influências que tenham afetado o produto/serviço analisado, além do cartel (por meio de modelos de regressão multivariada). Quando séries de preços e custos estão disponíveis, usam-se os modelos de regressão multivariada.

Para o cálculo do efeito perda de vendas, a mensuração é feita pela multiplicação da margem no período “*but for*”, chamado também de “*but for margin*”, pela redução do volume vendido resultante do repasse do sobrepreço. Isto porque é de se esperar que a margem no período do cartel fique mais comprimida em relação ao período do contrafactual, sendo que técnicas baseadas em modelos de comparação costumam ser úteis para tal inferência. Ou alternativamente, é possível usar uma medida de elasticidade-preço do produto em análise combinando com a estimativa do efeito do repasse. Ou seja, como a elasticidade varia de acordo com a mudança no preço, tal análise possibilita avaliar o volume perdido. Com relação à elasticidade, quando todo o mercado foi impactado pelo sobrepreço (todas as firmas são afetadas de forma similar), o ideal é estimar a elasticidade da demanda agregada de forma a refletir o real impacto proporcional das vendas de cada empresa. Por outro lado, quando a indústria é do tipo “*firm-specific*”, a inferência da elasticidade-preço própria da firma afetada pode ser usada como boa referência.

6. Relevância dos Efeitos Repasse em Ações de Reparação

Feitas as exposições acima, fica clara a relevância de se computar, em especial, o efeito do repasse (*pass-on*), além da perda de vendas em estimações de cálculos de danos totais para fins de ações de reparação de danos. De forma a deixar mais claro as possibilidades de se argumentar quanto à existência e relevância do efeito do *pass-on* e, por consequência, o efeito perda de vendas, cabe ter em mente possíveis cenários do *pass-on* a depender da estrutura da cadeia produtiva do mercado em análise. A 0 mostra um exemplo de como avaliar o efeito do repasse, a depender de quem move a ação (reclamante) de reparação de danos: consumidor direto, indireto ou o consumidor final. A depender do cenário os desafios também serão distintos.

Figura 4. Cenários do Efeito *Pass-on*

Fonte: Elaboração Própria com base no Relatório Comissão Europeia/RBB (2016).

No **Cenário 1** o efeito é mais direto de se calcular, visto que o próprio demandante da ação é o consumidor direto do produto cartelizado que tem acesso a preços e quantidades do produto adquirido diretamente da firma cartelista. Neste caso, o efeito do repasse é relevante para se observar quanto do aumento do custo (sobrepreço) foi repassado ao elo da cadeia posterior, atingindo o consumidor final (consumidor indireto 1). Portanto, a depender do resultado, deverá descontar o valor pleiteado do sobrepreço por parte do acusado (cartelista).

Cenário 2 apresenta quando uma ação é movida pelo consumidor indireto 1, tal que o efeito do sobrepreço não o afeta diretamente, tendo passado, inicialmente pelo impacto do consumidor direto, que, a depender da sua taxa de repasse, pode ter sofrido de forma mais amena as consequências do sobrepreço. O ponto mais delicado neste tipo de ação é que não se observam os efeitos desse possível repasse e absorção do sobrepreço por parte

do consumidor direto, sendo mais difícil sua estimação, a menos que uma análise referente ao impacto no consumidor direto já tenha sido feita ou o próprio consumidor direto entre na ação conjuntamente. No cenário 2, a empresa acusada (cartelista) tampouco observa diretamente os efeitos sobre o reclamante 1, visto que a relação comercial com ele não é direta, o que torna a análise do efeito repasse mais complicada, mesmo que possível e relevante.

Por fim, o **Cenário 3**, em que o agente demandante da ação de reparação estaria ainda mais abaixo na cadeia produtiva (consumidor indireto 2), dificultando um pouco mais a alegação de defesa do efeito repasse do sobrepreço que no cenário 2. O reclamante, para ter sucesso no seu pleito de indenização de danos, depende da existência de taxa de repasse de dois elos anteriores na cadeia, tanto pelo consumidor direto quanto do consumidor indireto 1, o que requer acesso a uma base de dados bem mais extensa ou estabelecimento de premissas acerca da dinâmica de mercado desses agentes, dificultando ainda mais a contextualização do dano para que ele tenha sucesso no pedido de reparação.

A lógica da esquematização da avaliação de danos é exposta na 0. **A primeira etapa corresponde à estimação do sobrepreço.** Sendo ele positivo e estatisticamente significativo, mesmo que pequeno, procede-se para a **segunda etapa de verificação que é a existência do efeito *pass-on*.** Caso contrário, a etapa se encerra com a constatação de ausência de dano. Caso o efeito repasse esteja presente, sendo positivo e significativo, será necessariamente relevante **estimar a terceira etapa, que é o efeito perda de vendas;** caso ele não seja considerado, há ressalvas de que o dano pode estar subestimado. Se não houver *pass-on* ao consumidor direto, não existirá, portanto, efeito perda de venda, e o dano será apenas o sobrepreço.

Figura 5. Etapas da Estimação de Danos Totais em casos de cartel



Fonte: Elaboração Própria com base no Relatório Comissão Europeia/RBB (2016).

6.1 Uso do *Pass-on Defense*

Existe um debate na literatura econômica antitruste e em diversas jurisdições sobre a possibilidade de o consumidor direto do produto cartelizado repassar parte do sobrepreço ao consumidor final (na hipótese de que o produto cartelizado seja usado como insumo para produção do produto final). Esta é uma argumentação que poderia ser usada pelos membros do cartel chamada de *pass-on defense*, ao dizer que o dano associado a sua prática (sobrepreço) teria sido repassado a outro elo da cadeia (consumidores finais).

Não apenas na literatura, mas nas jurisdições também existe uma celeuma sobre o uso da defesa do *pass-on*. Enquanto os Estados Unidos não consideram o argumento do *pass-on* válido para ações de reparação de danos, a Europa tem incluído o repasse no cálculo do dano total.

A desconsideração do efeito do *pass-on* pode inclusive ter interferência no crescente número de ações de reparação de danos nos Estados Unidos. Tal efeito está relacionado com os dados observados na base de dados de cartéis internacionais de Connor, chamada de PIC (2016) “*North American*

civil settlements are 95 percent of the world total, whereas the reverse is true for Europe (4 percent civil).”

Por outro lado, as Cortes europeias têm um entendimento distinto. Nestas jurisdições, o pagamento de danos devidos tem que considerar restituição equitativa. O ressarcimento deve contemplar apenas o que ocorreria caso não houvesse infração e não objetivar enriquecimento. Os adeptos ao *pass-on defense* argumentam que tal princípio é violado quando a firma que requer a indenização se apropria da parcela do dano que foi repassado a seus próprios consumidores ao aumentar seu preço. Assim, o dano devido teria que ser descontado de qualquer benefício obtido no evento (perdas reais), devendo, portanto, subtrair o efeito *pass-on* da conta.

Com a finalidade de mapear o uso do *pass-on* e sua efetividade em casos de ações civis de reparação de danos na Europa, o escritório Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, juntamente com outros subcontratados, fizeram um levantamento de casos europeus com pedido de consideração do efeito *pass-on*, obtendo uma listagem de 71 casos decididos na corte³ de casos recentes. A 0 revela as estatísticas de casos europeus, por país, com a divisão se a defesa do *pass-on* foi determinante ou não na decisão.

Figura 6. Casos europeus com argumento do *pass-on* e sua efetividade na decisão.

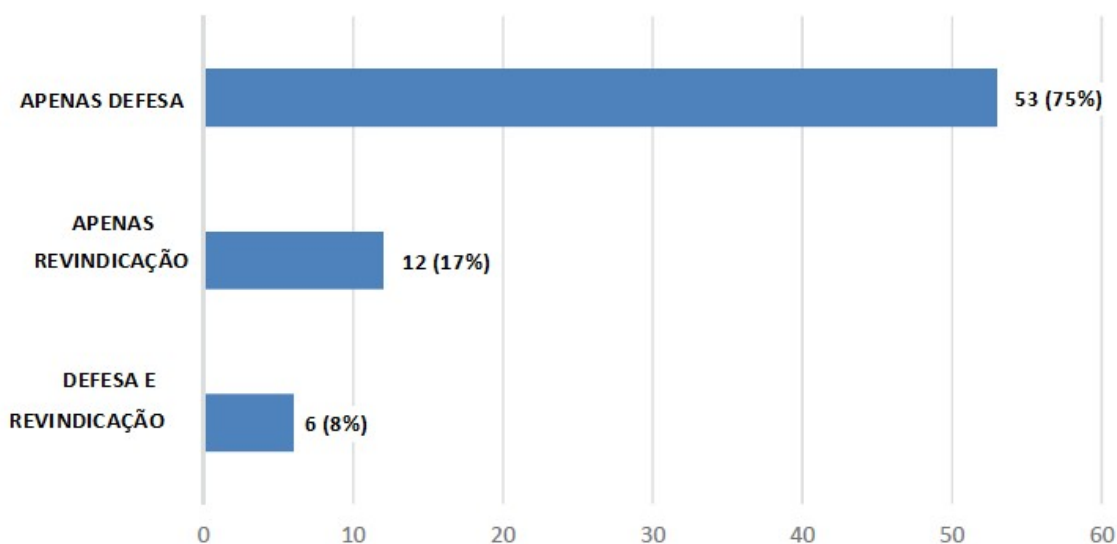


³ Anexo C ,p. 241 do relatório da Comissão Europeia/RBB/Cuatrecasas (2016) revela a lista dos processos.

Fonte: Comissão Europeia/RBB/Cuatrecasas (2016).

A pesquisa revelou se o argumento do repasse era usado como defesa (na tentativa do cartelista amenizar ou refutar o pedido de indenização do consumidor direto) ou como fundamento para a abertura da ação de reparação (consumidor indireto que teve o repasse do sobrepreço repassado pelo consumidor direto). Conforme observado, fundamentar uma ação com base no *pass-on* passa a ser bem mais complexo, tendo em vista a dificuldade de se ter acesso a todas as informações, de forma que o argumento do *pass-on* como defesa acaba preponderando quanto ao seu uso, conforme visto na 0

Figura 7. Estatísticas do uso do *pass-on* em ações de reparação europeias



Fonte: Comissão Europeia/RBB/Cuatrecasas (2016).

Por fim, as estatísticas revelaram a relevância de se estudar o efeito do repasse nas ações de reparação. Apesar dos debates existentes, a capacidade de passar adiante aumentos de custo devidos ao cartel depende da sensibilidade da demanda em relação a preços e do comportamento dos concorrentes. O aumento de preços pode gerar redução da quantidade vendida e torná-lo não lucrativo. Nesse caso, a firma absorveria todo o sobrepreço embutido no custo do insumo. Por isso a relevância de se observar a elasticidade da demanda e da oferta assim como entender a dinâmica de mercado em termos competitivos.

7. Considerações Finais

O presente estudo visou esclarecer conceitos econômicos e práticos relacionados a danos de cartel no âmbito de ações reparatórias em casos de cartéis. Aspectos econômicos da literatura antitruste e de organização industrial revelam que os três principais itens de danos em cartel são: (i) sobrepreço ou aumento de custo (preço adicional cobrado pelo insumo/serviço cartelizado), (ii) repasse de parcela do sobrepreço aos consumidores indiretos (pass-on effect), e (iii) perda de quantidade vendida (output effect) e de que forma tais fatores devem ser considerados para um adequado cômputo do dano.

Do exposto, é possível concluir que os efeitos de repasse em especial, além da perda de vendas não podem ser negligenciados quando o tema diz respeito a cálculo de danos totais ao consumidor direto e indireto.

Ainda, a capacidade de passar adiante (*pass-on*) os aumentos de custo (insumo ou serviço) e a perda de vendas devido ao cartel depende de uma série de condicionantes, tais como: elasticidade da demanda e da oferta em relação a preços e custos; grau de competição entre os concorrentes do mercado *downstream* e importância do insumo sobre o custo total do produto fabricado pela firma intermediária, além de como os consumidores no mercado a jusante são afetados pelo cartel (*indústria toda* ou *indústria específica*) são aspectos econômicos fundamentais em análises de ações de reparação.

Referências

- BOYLER, M. e KOTCHONI, R. (2011) The Econometrics of Cartel Overcharges. Working Paper Cahier de recherche 2011-18. 2011. <hal-00631429>
- BRANDER J. A. e ROSS T. W. (2006). Estimating Damages from Price-Fixing. Canadian Class Action Rev. 335, 337-38.
- CONNOR, J. M. e BULOTOVA, Y. (2006). Cartel overcharges: Survey and meta-analysis. International Journal of Industrial Organization.
- CONNOR, J. M. (2007). Forensic Economics: an Introduction with Special Emphasis on Price Fixing. Journal of Competition Law 18 Review of Industrial Organization.

CONNOR, J. M. (2001). *Global Price Fixing: Our Customers are the Enemy*. Boston: Klumer, 2001.

CONNOR, J. M.; LANDE, R.H. (2008) *The size of cartel overcharges: implications for US and EU fining policies*. **Antitrust Bulletin**, vol. 51(4), pp. 983–1022.

DAVIS, P. e GARCÉS E. (2010) *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton University Press.

DIJK, T.; VERBOVEN, F. (2008) *The Quantification of Damages*, in W.D. Collins (ed), *Issues in Competition Law and Policy*. **American Bar Association**, Antitrust Section.

EUROPEAN COMMISSION (2010), *A practical guide to computing cartel damages in private actions*. \Prepararado pela DG Competition's Expert Workshop on the Quantification of Antitrust Damages, Brussels.

EUROPEAN COMMISSION (2009) *Quantifying antitrust damages Towards non-binding guidance for courts*. Study prepared for the European Commission pela Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers.

FINKELSTEIN, M. e KOYAK R.A. e WERDEN G.J. (1983). *Regression Estimates of Damages in Price-Fixing Cases*. *Law and Contemporary Problems* 46: 145-169.

MOTTA, M. (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*. **Cambridge University Press**.