

A COMPRESSÃO DE MARGENS NA FRONTEIRA DO DIREITO CONCORRENCIAL

Bruno Braz de Castro

Resumo: O trabalho versa sobre a “compressão de margens”. Analisam-se as construções jurisprudenciais estadunidense e europeia sobre o tema, para evidenciar como a divergência entre elas é derivada de diferentes perspectivas sobre a finalidade do antitruste. Discute-se, então, o reflexo da discussão para o direito brasileiro: a jurisprudência do CADE não manifesta adesão às teorias europeia ou estadunidense; ao mesmo tempo, não é possível observar uma abordagem brasileira coerente sobre o tema. A concepção da compressão de margens como conduta autônoma e o teste do “concorrente igualmente eficiente” podem constituir pontos de partida adequados à jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Direito Econômico; Direito da Concorrência; Compressão de Margens; Compressão de Preços; Abuso de Posição Dominante; Monopolização.

Keywords: Economic Law; Competition Law; Margin Squeeze; Price Squeeze; Abuse of Dominant Position; Monopolization.

O presente trabalho versa sobre a conduta anticompetitiva conhecida como *compressão de margens*¹ (“*margin squeeze*”, também sendo comum a denominação “*price squeeze*”, ou *compressão de preços*). A escolha dessa prática como objeto de estudo baseou-se no fato de que, como se verá, a compressão de margens é, em mais de um sentido, uma *conduta-fronteira*: em primeiro lugar, porque sua definição encontra-se na fronteira tipológica de outras condutas anticoncorrenciais mais tradicionais; em segundo, porque a jurisprudência recente acerca da conduta exemplifica que – não obstante os

1 Embora o significado seja o mesmo, o termo “price squeeze” (compressão de preços) é mais comum na jurisprudência e teoria estadunidense, enquanto “margin squeeze” (compressão de margens) é o uso predominante no sistema europeu (HAY; MCMAHON, 2012, p. 261). A escolha da tradução “compressão de margens” baseou-se na tradução oficial para o português do termo “margin squeeze” pela Comunidade Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80). Na doutrina brasileira, identifica-se uma tradução alternativa como “preços opressivos” (FORGIONI, 2012, § 293).

notáveis esforços de convergência da teoria concorrencial ao redor do mundo – sequer entre as jurisdições com maior tradição na matéria diluiu-se a fronteira no que diz respeito à definição das finalidades do antitruste.

O texto está organizado da seguinte maneira: após breve introdução, em que se recordará os elementos da prática, serão analisados os recentes desenvolvimentos na jurisprudência estadunidense e europeia sobre o tema. Os reflexos da discussão para o sistema jurídico brasileiro serão apresentados ao final.

1. Breve introdução. A compressão de margens na fronteira das teorias tradicionais de condutas anticoncorrenciais

Suponha-se uma empresa verticalmente integrada “A”, que atue simultaneamente no mercado “i” (insumo), a montante (“*upstream*”), e no mercado “p” (produto final) a jusante (“*downstream*”). Suponha-se, ao mesmo tempo, uma empresa “B” que atue unicamente no varejo do produto final “p”, não sendo verticalmente integrada ao atacado do insumo “i”. Assim sendo, para atuar no mercado “p” (varejo do produto final), a empresa “B” precisa adquirir o insumo “i”, no atacado, da empresa “A”. Para a empresa “B”, portanto, a empresa “A” é simultaneamente fornecedora para o insumo “i” (atacado) e concorrente para o produto final “p” (varejo). Nesse contexto, pode ocorrer a *compressão de margens* quando a margem entre (1) o preço cobrado pela empresa dominante para o produto final (varejo) e (2) o preço de acesso ao insumo (atacado) é negativa ou insuficiente para que um concorrente no varejo possa concorrer efetivamente ou permanecer no mercado.

Observe-se, então, que a conduta – tanto na discussão europeia quanto na estadunidense² – é derivada da conjugação de duas práticas de precificação em mercados distintos, cuja análise individualizada pode corresponder a teorias tradicionais de responsabilidade concorrencial por predação, exploração ou exclusão (FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 256). O que a teoria da compressão de margens tenta captar, no entanto, são os efeitos exclusionários da *conjugação* entre os dois preços, independentemente de sua legalidade quando analisados por si sós. Esse é, justamente, o objeto da polêmica em torno da teoria, com respostas distintas nos sistemas estadunidense e europeu.

2. A “compressão de preços” na jurisprudência da Suprema Corte dos

2 Embora o entendimento sobre suas repercussões jurídicas difiram sobremaneira nos dois lados do Atlântico, os traços elementares do conceito repetem-se. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. 01 e COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80.

EUA

Na jurisprudência recente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a conduta – que é, geralmente, referida pelo termo *compressão de preços* (“price squeeze”) – não se consolidou como uma prática autônoma multimercado, mas como uma modalidade de recusa presumida de contratar (no atacado) ou de preços predatórios (no varejo), condutas proscritas pela Seção 2 do *Sherman Act* (1890), que estipula o ilícito criminal de *monopolização*.

Um dos primeiros casos paradigmáticos envolvendo a compressão de preços é o célebre *Alcoa (United States v. Aluminum Co. of America – 1945)*, decidido pelo Segundo Circuito de Cortes de Apelações dos Estados Unidos. A decisão estabeleceu a ilegalidade da fixação, por um monopolista no atacado, de preços “injustos” para os insumos a montante, a ponto de se tornar impossível a obtenção de lucratividade “razoável” por seus rivais no varejo³, o que revela uma análise conjunta das práticas de precificação no atacado e no varejo.

Após décadas de decisões conflitantes nas cortes inferiores⁴, a questão da compressão de preços foi finalmente considerada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2009, na decisão para o caso *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.* (doravante referido por “*linkLine*”)⁵. A decisão, em vez de basear-se em *Alcoa*, lançou mão de outros precedentes para analisar *individualmente* os preços de atacado e varejo.

No que concerne aos níveis baixos dos preços de varejo, a Suprema Corte estabeleceu que deveriam ser atendidos os critérios estabelecidos em *Brooke Group* para caracterização dos preços predatórios: preços abaixo de uma medida adequada dos custos empresariais, aliados à “perigosa probabilidade” de recuperação dos prejuízos incorridos⁶.

Em relação aos níveis altos dos preços de atacado – considerando-se a inexistência da figura dos preços excessivos *exploratórios* no sistema

³ A incerteza de parâmetros como “preço justo” e “lucro razoável” em *Alcoa* foram intensamente criticados, especialmente pelos teóricos da Escola de Chicago (SIDAK, 2007, p. 283).

⁴ Cf. Sidak (2007) para uma análise da divergência jurisprudencial que levou a questão à Suprema Corte.

⁵ A alegação da compressão de preços pelos reclamantes era a de que a AT&T, simultaneamente, elevou seus preços de atacado (acesso ao DSL) e reduziu seus preços no varejo, comprimindo a margem de lucro de seus concorrentes (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. I).

⁶ Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III.

estadunidense⁷ – a Suprema Corte avaliou a possibilidade de configuração de preços excessivos *exclusionários* que caracterizassem recusa presumida de contratar.

O reconhecimento de uma obrigação *concorrencial* de contratar é absolutamente excepcional, depende de evidências objetivas da *intenção de monopolizar*⁸ (*Colgate*, 1919⁹), que são depreendidas da interrupção injustificada de um curso prévio de contratações voluntárias (*Aspen*, 1985¹⁰). Caso o curso prévio de contratações anteriores tenha ocorrido por obrigação *regulatória* de contratar, não há voluntariedade e, portanto, não há intenção de monopolizar (*Trinko*, 2004¹¹). Ausente obrigação *concorrencial* de contratar, não há obrigação de contratar sob termos e condições vantajosos ou específicos (*Trinko*, 2004¹²). Com base nesses precedentes, a Suprema Corte negou a existência de uma obrigação concorrencial de contratar (i.e., que poderia ser derivada da interrupção injustificada de um curso prévio de contratações voluntárias), o que precluiria a discussão sob condições contratuais desvantajosas¹³.

Observa-se, portanto, que a Suprema Corte rejeitou o conceito da compressão de preços como uma violação autônoma sob o Sherman Act – por autônoma, entenda-se, derivada da interação entre um preço de atacado, ausente obrigação antitruste de contratar, e de um preço de varejo não-predatório

⁷ Esse ponto foi reafirmado em *linkLine* com base em *Trinko* (2004) (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III, tradução livre). Sobre os preços exploratórios, cf. CASTRO, 2012.

⁸ Desde o precedente *Grinnell* (1966), solidificou-se o teste de duas partes para configuração do ilícito de monopolização segundo o qual exige-se a aquisição ou manutenção intencional do poder de monopólio (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1966, p. 384 U.S. 571, tradução livre). Tal intenção é, contudo, entendida de modo objetivo, ou seja, uma inferência derivada da própria conduta, sem preocupação com ao estado subjetivo do agente (CASS; HYLTON, 2000, p. 4). Cf. também HOVENKAMP, 2000, p. 3.

⁹ Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1919, p. 250 U.S. 307.

¹⁰ Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1985, p. 472 U.S. 611. A interrupção injustificada de um curso prévio de contratações voluntárias e, portanto, presumivelmente lucrativas, tornaria possível concluir que a empresa estaria renunciando a lucros em curto prazo em prol da monopolização em longo prazo (CASS; HYLTON, 2000, p. 23; LAO, 2005, p. 172).

¹¹ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III. Sobre esse teste (conhecido por “no economic sense test”) e sua relação com evidências de intenção objetivas em vez de subjetivas, cf. *Werden* (2005, p. 304).

¹² UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III.

¹³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III.

(UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III)¹⁴.

O rigor da análise da compressão de preços pela Suprema Corte relaciona-se, em parte, ao fato de que, desde o advento do ideário da Escola de Chicago, iniciada a partir do final da década de 70, o antitruste dos EUA tem conformado uma atuação marcadamente não-intervencionista quanto às práticas unilaterais (BAKER, 2013). Esse minimalismo é apoiado em três pilares, que permeiam toda a discussão sobre a compressão de margens nessa jurisdição¹⁵.

O primeiro deles é a consideração de que a finalidade do direito concorrencial é a maximização do “bem-estar do consumidor” (eficiência alocativa). Não obstante as polêmicas envolvendo o conceito¹⁶, importa notar que, neste sistema, a ilicitude concorrencial está vinculada a seu impacto em curto prazo na eficiência alocativa (estática) através, por exemplo, da probabilidade de exercício de poder de mercado, com aumento de preços, sem eficiências compensatórias. Ao contrário do sistema europeu, não se reconhece, portanto, valor intrínseco à concorrência como instituição, à igualdade de oportunidades ou à preservação da rivalidade: incluir preocupações desse tipo constituiria proteger *concorrentes, e não a concorrência* (OSTI, 2015, p. 230; GERLA, 1996, p. 138). Daí deriva a ideia de que a compressão de margens só pode ser ilícita se permitir o aumento de preços pela empresa dominante em curto prazo (o que explica o teste do sacrifício e recuperação para os preços de varejo).

O segundo pilar é a crença de que a esmagadora maioria das práticas unilaterais não teria racionalidade econômica exclusionária e, pelo contrário, teria justificativas de eficiência e seria, portanto, pró-competitiva (POSNER, 1979, p. 927)¹⁷.

¹⁴ Com relação às (limitadas) hipóteses em que se reconhece estar presente um dever antitruste de contratar – situação não expressamente coberta pela decisão em *linkLine* – Cf. Faella e Pardolesi (2010, p. 264), no sentido afirmativo e Sidak (2007, p. 299), no negativo.

¹⁵ Cf., em especial, o parecer que Bork e outros economistas submeteram em *Amici Curiae* ao caso *linkLine* perante a Suprema Corte dos EUA (BORK; SIDAK et. al., 2009).

¹⁶ A Suprema Corte dos EUA afirmou, em inúmeras oportunidades como as decisões para Reiter (1979), Maricopa (1982) e NCAA (1984), que a finalidade do antitruste seria o bem-estar do consumidor, embora o sentido desse termo (se consistiria no estrito “excedente do consumidor” ou no “bem-estar total”) ainda seja polêmico. cf. HOVENKAMP, 2013; KIRKWOOD; LANDE, 2008; ORBACH, 2010; KAPLOW, 2012.

¹⁷ Esse pensamento se baseia em teorias como a do “único lucro de monopólio”, a eficiência da discriminação de preços, a irracionalidade da predação, dentre outras. O

Nessa linha, a racionalidade econômica da prática de compressão de margens é posta em dúvida com recurso à teoria do “único lucro de monopólio”¹⁸, segundo a qual não haveria incentivo econômico para que uma empresa verticalmente integrada não-regulada empreendesse a compressão de margens, já que ela poderia, simplesmente, elevar o preço do insumo que controla e, daí, extrair as rendas de monopólio existentes na cadeia de produção (SIDAK, 2007, p. 298)¹⁹.

A validade dessa teoria para a compressão de margens, contudo, é objeto de contestação por outros autores, especialmente com base nas teorias Pós-Chicago de fechamento de mercado (“*foreclosure*”), que apontam: (a) que a validade da teoria do “único lucro de monopólio” depende da presença de pressupostos muito estritos²⁰; (b) alguns mercados possuem características que tornam lucrativa a compressão de margens²¹; (c) a adoção da compressão de margens, embora não vise à “alavancagem” do monopólio para o mercado a jusante, pode objetivar proteger ou otimizar a exploração da posição dominante no próprio mercado a montante²².

foco do antitruste deveria, neste contexto, ser em cartéis e fusões horizontais que criem monopólio (POSNER, 1979, p. 928).

¹⁸ Em linhas gerais, essa teoria observa – com relação a um monopolista verticalmente integrado que controla um insumo no mercado a montante – que a fonte dos lucros de monopólio é apenas uma (os consumidores finais). Portanto, se um agente econômico já controla um item da cadeia vertical de produção, é capaz de – exercendo seu poder de precificação do insumo no atacado – absorver toda a renda de monopólio, capturando os ganhos dos rivais a jusante. Assim sendo, o monopolista não precisa “alavancar” seu poder de mercado e excluir os rivais a jusante (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 13).

¹⁹ Cf. também CARLTON, 2008, p. 274-275.

²⁰ Tais requisitos estritos seriam, p. ex., um mercado de varejo em concorrência perfeita e uma complementaridade perfeita entre insumos e produtos – não sendo, necessariamente, extensível a outras situações (CROCIONI; VELJANOVSKI, 2003, p. 36)

²¹ Para Bergqvist e Townsend (2015, p. 8), p. ex., alguns elementos, como a presença de economias de escala e escopo, efeitos de rede e a existência de regulação de preço, podem tornar economicamente lucrativo o fechamento de mercado através da compressão de margens. Igualmente, Meisel (2012) analisa que o incentivo para compressão de margens seria dependente de variáveis como a lucratividade relativa do mercado a montante, a probabilidade de capturar os clientes dos concorrente de varejo, a diferenciação dos produtos, a eficiência dos rivais autônomos no varejo e existência de insumos alternativos, dentre outros (MEISEL, 2012, p. 393).

²² Jullien, Rey e Saavedra (2014, p. 15) analisam que o fechamento vertical de mercado por uma empresa não-regulada (ou sob fraca regulação) poderia ocorrer sob três lógicas principais: (1) exclusão de rivais a jusante permitiria a otimização do exercício de poder

O terceiro pilar diz respeito a algum ceticismo quanto à capacidade de a intervenção estatal gerar benefícios econômicos à coletividade. Diante da dificuldade de se apurar, em casos concretos, os pressupostos das teorias econômicas subjacentes ao instrumental antitruste, esta política pública teria grande chance de erro. Erros tipo I (condenações errôneas) trariam prejuízos graves aos incentivos para investimento e inovação, punindo o sucesso empresarial e tendendo à permanência, enquanto erros tipo II (absoluções errôneas) seriam de menor gravidade, vez que práticas anticompetitivas tendem à autocorreção pelas forças do mercado, uma vez que preços altos atraem a entrada de novos competidores (EASTERBROOK, 1984, p. 3; DEVLIN; JACOBS, 2010).

Nesse ponto, a preferência por erros tipo II em vez de erros tipo I é marcante entre autores contrários ao reconhecimento da compressão de margens como ilícito antitruste²³, e também foi expressamente mencionada em *Trinko* e *linkLine* como justificativa para testes rígidos para análise de preços excludentes no varejo²⁴.

Mesmo condenações acertadas, afirma-se, tenderiam a ocasionar comportamento empresarial estratégico prejudicial, em última análise, ao bem-estar do consumidor (CARLTON, 2008, p. 273). Aqui, quando a empresa dominante *está sujeita a obrigação de contratar*, destaca-se a teoria do “guarda-chuva de preços”, segundo a qual, diante da ameaça de condenação em razão da compressão de margens, a empresa dominante, em vez de reduzir os preços de atacado, iria evitar a margem negativa através da elevação de seus preços de varejo, protegendo seus concorrentes sob esse “guarda-chuva” de preços (mais altos) e prejudicando o bem-estar do consumidor (BORK; SIDAK, 2009, p. 14; CARLTON, 2008, p. 277). Tal teoria é, contudo, relativizada por alguns autores, que observam que a proibição da compressão

de mercado pelo monopolista a montante; (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 16). (2) Proteção do mercado núcleo (a posição dominante no mercado a montante), quando a entrada no mercado de varejo facilita a entrada no atacado (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 18); e (3) a compressão de margens como prática exploratória do valor criado no varejo. Já para a empresa sob estrita regulação dos preços de acesso, a lógica apontada por Jullien, Rey e Saavedra (2014, p. 29) seria a da predação, embora esses autores entendam que os testes de predação comuns não levam em consideração a integração vertical e necessitariam, portanto, de correções (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 29).

²³ Cf. CARLTON, 2008, p. 278; SIDAK, 2007, p. 307.

²⁴ A Suprema Corte dos EUA mencionou expressamente o termo “falsos positivos” e seus efeitos nos incentivos para a concorrência, investimento e inovação, em *Trinko* (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. 14) e em *linkLine* (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III).

de margens pode estimular a entrada de empresas eficientes e, assim, impedir a ocorrência do efeito guarda-chuva, reduzindo os preços²⁵.

Caso *não haja obrigação de contratar*, para alguns autores, a empresa dominante, diante do risco de condenação errônea por compressão de margens (um falso positivo), não arriscaria fornecer o bem ou serviço a seus concorrentes²⁶. Outros autores, contudo, defendem que os incentivos a auferir a lucratividade gerada pela venda do insumo no atacado para os concorrentes do varejo (mesmo ausente obrigação de contratar) podem se sobrepôr ao temor de condenações errôneas (MEISEL, 2012, p. 394), e que a proibição de compressão de margens configura restrição menos danosa aos incentivos empresariais que a obrigação de contratar²⁷.

É necessário ter clareza, acima de tudo, que a avaliação do impacto de condutas exclusionárias – e de sua proibição – é um exercício teórico que depende, antes de tudo, do entendimento acerca da finalidade do antitruste, o qual deriva de uma escolha, sobretudo, política²⁸. Mesmo, contudo, que se assuma como objetivo do antitruste o bem-estar do consumidor, é possível concluir que a existência das divergências em questão é suficiente para que sejam rejeitadas propostas no sentido de abolir totalmente a possibilidade de condenação da compressão de margens (BORK; SIDAK, 2009, p. 14), sendo pertinente a análise dessas questões em cada caso concreto.

²⁵ Cf. Choné, Komly e Meunier (2010): “O medo de uma compressão de margens pode induzir empresas eficientes a desistir da entrada. Como resultado, ausente a proibição da compressão, o operador verticalmente integrado pode usufruir de um monopólio sem implementar de fato uma compressão de margens; a entrada é dissuadida através da mera ameaça de uma compressão. Uma proibição à compressão elimina essa ameaça, fazendo assim a entrada eficiente mais lucrativa. Quando a regulação da taxa de acesso não é muito frouxa ou muito apertada, uma proibição na compressão aumenta o excedente do consumidor e o bem-estar total” (CHONÉ; KOMLY; MEUNIER, 2010, p. 2, tradução livre).

²⁶ CARLTON, 2008, p. 276; FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 270.

²⁷ A proibição da compressão de margens implica na imposição de um dever negativo à empresa (não praticar a compressão, caso decida voluntariamente contratar), o que é compatível com a teoria da “responsabilidade especial” da empresa dominante e, assim, menos intervencionista que a imposição de um dever positivo de contratar (MEISEL, 2012, p. 394).

²⁸ Boa parte das discussões aqui apresentadas partem do pressuposto de que a finalidade do antitruste é o bem estar do consumidor (bem-estar total em alguns casos, excedente do consumidor em outros) e, portanto, sua transferibilidade a outras jurisdições merece cautela – vide, por exemplo, o posicionamento europeu apresentado a seguir. Sobre a influência da ideologia na conformação da política antitruste, Cf. LAO, 2014.

3. A “compressão de margens” na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça

Nos últimos anos, a Corte Europeia de Justiça (CEJ) proferiu condenações paradigmáticas em três casos de compressão de margens, todos envolvendo preços de acesso no atacado cobrados por empresas dominantes em setores de telecomunicação recentemente privatizados: *Deutsche Telekom* (2010), *Teliasonera* (2011) e *Telefónica* (2014). Nessas decisões, a CEJ estabeleceu importantes parâmetros ao tratamento da prática²⁹.

No direito concorrencial europeu, a compressão de margens constitui uma infração autônoma. Isso quer dizer que o efeito exclusionário da prática é apurado a partir da interação entre as práticas de precificação no atacado e varejo, sendo desnecessária a caracterização de ilicitude de qualquer um dos dois preços, por si só considerados³⁰.

Isso significa, quanto aos preços de varejo, que a abordagem europeia não exige que sejam predatórios para que o efeito exclusionário seja evidenciado. A teoria estadunidense afere o potencial exclusionário e prejudicial ao bem-estar do consumidor dos preços predatórios com base em uma concepção intertemporal (fases de sacrifício e recuperação) em um mesmo mercado relevante. A CEJ observou que a compressão de margens representaria uma estratégia multimercado de exclusão, em que a empresa dominante controla parte dos preços de produção dos rivais (MEISEL, 2012, p. 297), de modo que a empresa verticalmente integrada não precisa de, necessariamente, incorrer em prejuízos para implementar a prática: a empresa pode, por exemplo, elevar os preços de atacado (restringindo a capacidade de precificação de seus concorrentes) ao mesmo tempo em que mantém preços de varejo altos o suficiente para cobrir seus custos (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 34). Não se fazendo necessário o sacrifício (JONES, 2016, p. 138), não se exige, ao contrário dos preços predatórios nos EUA, prova de potencial de recuperação (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 99-101).

Quanto à precificação no atacado, igualmente, consolidou-se na jurisprudência europeia a afirmação da autonomia da teoria da compressão de margens face à teoria da recusa de venda. A Comissão Europeia, inicialmente, havia categorizado a compressão de margens como uma forma de recusa

²⁹ Na Comunidade Europeia, o tratamento jurídico da compressão de margens decorre da proibição ao abuso de posição dominante por meio da imposição de “preços não equitativos”, conforme estabelecido pelo Artigo 102 (a) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU) (antigo art. 82).

³⁰ Cf. *Deutsche Telekom* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 159, tradução livre) e *TeliaSonera* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 34).

presumida de venda³¹, embora seja importante notar que, ao contrário da jurisprudência estadunidense (centrada na “intenção de monopolizar”), a teoria da obrigação de contratar europeia é *objetiva*, sujeita aos critérios estabelecidos no caso *Bronner* (1998) – em especial, a demonstração da *indispensabilidade* do produto³².

Esse entendimento foi rejeitado pela Corte Europeia de Justiça na decisão para o caso *TeliaSonera* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 56, tradução livre)³³. A CEJ não requer, portanto, que o insumo seja “indispensável”, nos termos de *Bronner*, para caracterização da compressão de margens (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 72)³⁴, muito embora tal elemento não se tenha tornado irrelevante³⁵.

Tendo em vista a desnecessidade de comprovação de “intenção de monopolizar” no abuso de posição dominante europeu, então, a existência de contratos voluntários anteriores não assume, neste sistema, o papel analítico central que possui no sistema estadunidense, tampouco é essencial apurar se tais contratos foram voluntários ou derivados de compulsão regulatória³⁶.

³¹ Cf. a “Orientação” da Comissão Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80).

³² Desde *Bronner* (1998) e *Microsoft* (2007), a CEJ estabeleceu condições objetivas para que se reconheça obrigação de contratar a uma empresa com posição dominante, sendo tais condições estruturadas em torno da indispensabilidade do produto ou serviço em questão, além do potencial de eliminação da concorrência efetiva e da ausência de justificativas objetivas para recusa (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1998, § 41; UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2007, § 563). Essa condição também é referida por “infraestruturas essenciais” (essential facilities)

³³ Para a CEJ, estender os critérios de *Bronner* a todas as condutas anticoncorrenciais baseadas em contratos não-equitativos – como a compressão de margens, discriminação de preços, preços exploratórios, venda casada, etc. – seria inadequado, por limitar demasiado a eficácia das proibições contidas no art. 102 do TFUE (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 55-58).

³⁴ Esse posicionamento foi reiterado pela CEJ em 2014, na decisão para o caso *Telefónica* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2014, § 118).

³⁵ A análise da “relação funcional entre os produtos de atacado e os produtos de varejo” é essencial para a aferição dos efeitos anticompetitivos da compressão de margens, e a indispensabilidade do insumo é elemento-chave para tal compressão. Observa a CEJ que, embora não seja condição essencial, a indispensabilidade torna “provável” a existência de efeitos anticompetitivos, ao passo que, quando essa condição não é preenchida, a Corte pode analisar a ocorrência de efeitos anticompetitivos através de outros elementos que indiquem que a compressão de margens pode dificultar ou impedir a competitividade no mercado (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 69-72).

³⁶ Como visto, nos EUA, a compressão de margens é compreendida sob a ótica da

O tratamento da compressão de margens pela jurisprudência europeia não prescinde de uma análise econômica de efeitos anticompetitivos, embora siga parâmetros bastantes distintos daqueles observados nos EUA (HAY; MCMAHON, 2012, p. 277). Sob inspiração ordoliberal³⁷, o direito concorrencial europeu é comprometido com a finalidade da proteção da concorrência como instituição, fundada na garantia de “igualdade de oportunidades” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, §§ 230 e 233). Desse conceito de igualdade de oportunidades é que deriva a importância da preservação da rivalidade e maior preocupação com o fechamento de mercado, de modo tal que se compreende que a empresa dominante possui responsabilidade especial de não-distorção da estrutura do mercado (ADAM; ALDER, 2008, p. 575). A análise econômica das práticas unilaterais, assim, é procedida com maior rigor, e tem um foco distinto daquele observado no sistema estadunidense: busca-se identificar o dano à estrutura da concorrência efetiva, e a prova de prejuízo direto ao bem-estar do consumidor, em curto prazo, não é essencial para a configuração do abuso (DREXL, 2015, p. 274)³⁸.

A condenação por compressão de margens, destaque-se, não deriva somente da diferença entre preços de atacado e varejo. É necessária a comprovação de efeitos anticoncorrenciais exclusionários, concretos ou potenciais, no sentido da elevação artificial das barreiras à entrada e prejuízos

recusa de venda – e, para configuração da obrigação concorrencial de contratar, faz-se mister comprovar a “intenção de monopolizar” através da interrupção injustificada de contratos voluntários anteriores. No sistema europeu, a compressão de margens é conduta autônoma e, mesmo que não o fosse, a teoria da recusa de venda europeia é objetiva (baseada na indispensabilidade do bem e efeitos anticompetitivos da prática). Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 92-93.

³⁷ Em termos gerais, a teoria ordoliberal, construída especialmente na Alemanha pela Escola de Freiburg na década de 1930 e 1940, estabelece a necessidade de – ao lado de uma Constituição Política, desenhada para dispersar poder político – a vigência de uma Constituição Econômica, para dispersar poder econômico (GORMSEN, 2010, p. 43). Nesse contexto, a concorrência comparece como garantia democrática fundamental (GERBER, 1994b, p. 51) para desempoderamento de grandes estruturas econômicas privadas e prevenção de suas repercussões políticas negativas (OSTI, 2015, p. 240). Gerber observa que, ao contrário do pensamento de Bork, “os ordoliberais focaram na necessidade de proteger as condições da concorrência em vez dos resultados de curto prazo da concorrência” (GERBER, 1994a, p. 82 - Tradução Livre).

³⁸ A CEJ estabeleceu, em *Continental Can* (1973) que a prova de dano direto ao bem-estar do consumidor não é necessária para configuração do ilícito, uma vez que eles são também prejudicados indiretamente por práticas que distorcem a igualdade de oportunidades e prejudicam a estrutura da concorrência efetiva. Esse entendimento sobreviveu ao “more economic approach” da Comissão Europeia e foi reafirmado nos casos *British Airways* (2007) e *Glaxo* (2009) (OSTI, 2015, p. 246).

à estrutura da concorrência através de práticas diferentes da concorrência pelo mérito (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 253). A análise de efeitos anticoncorrenciais da compressão de margens, observou a CEJ em *TeliaSonera*, passa, dentre outros elementos: (a) pela análise da relação funcional entre produtos de atacado e varejo – muito embora, como visto, não seja necessário que o insumo seja indispensável; e (b) pela extensão da margem comprimida, de tal forma que, se a margem é *negativa*, o prejuízo é provável e, se é *positiva*, deve-se verificar que a prática pelo menos dificulta de modo substancial a concorrência no mercado, gerando lucratividade reduzida (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 60 et seq.), sem justificativas objetivas adequadas.

Essa abordagem é criticada por defensores do entendimento vigente no sistema estadunidense, sob a premissa de que a visão europeia subjuga o bem-estar dos consumidores à proteção dos concorrentes (BORK; SIDAK, 2009, p. 5). As construções jurisprudenciais acima evidenciadas, contudo, afirmam a necessidade de se equilibrar, de um lado, a busca por eficiência empresarial e, de outro, a preservação da igualdade de oportunidades no mercado, tendo em vista a manutenção de uma estrutura competitiva em longo prazo, sem proteger firmas ineficientes.

O teste do “concorrente igualmente eficiente”, bem como suas variações, visa a responder, justamente, a essa preocupação (MEISEL, 2012, p. 395). Segundo o teste³⁹, em linhas gerais, uma prática será exclusionária quando tiver a aptidão de excluir um concorrente tão (ou mais) eficiente quanto a empresa dominante, elevando barreiras à entrada e restringindo o direito de escolha do consumidor através de práticas distintas da concorrência pelo mérito (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 177).

O que é crucial para a compreensão desse teste é observar que o “concorrente igualmente eficiente” é um concorrente que possui *a mesma estrutura de custos da empresa dominante*. Em outras palavras: o que é levado em conta, para a aferição do caráter exclusionário da conduta da empresa dominante, são seus próprios custos – não os de seus competidores. A

³⁹ Cf. *Deutsche Telekom* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 200), *TeliaSonera* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 41-42, tradução livre) e *Telefónica* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2014, § 124). O teste do “concorrente igualmente eficiente” é de origem estadunidense, sendo possível encontrar propostas de sua implementação em contextos como o preço predatório e a venda casada (MANDORFF; SAHL, 2013, p. 3). Esse teste é, contudo, diferente do teste *Alcoa* acima apresentado, porque, embora o voto de *Learned Hand* também tenha feito referência aos custos da *Alcoa*, o teste europeu dispensa a referência a um “preço justo” ou a um “lucro sustentável” para os rivais da empresa (HAY; MCMAHON, 2012, p. 272).

racionalidade desse critério é a de que, se um concorrente tão eficiente quanto a própria empresa não poderia sobreviver no mercado, não é possível afirmar que a condenação do abuso de posição dominante protegeria firmas ineficientes da concorrência pelo mérito (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 43). Outra função do teste, apontada pela CEJ, é de garantir a segurança jurídica da empresa dominante, que seria prejudicada caso a legalidade da conduta fosse dependente da estrutura de preços de um concorrente – que, idealmente, não é de seu conhecimento – evitando-se também riscos de colusão e incentivos à troca de informações sensíveis (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 202)⁴⁰.

Observe-se, por fim, que a jurisprudência europeia, assim como a Suprema Corte dos EUA, reafirma a necessidade de apurar os efeitos da intervenção concorrencial nos incentivos de investimento das empresas dominantes (em especial, erros tipo I e tipo II)⁴¹. O que parece ser uma tendência notável, contudo, é a apuração desses incentivos em relação a cada caso específico, sem se apoiar em presunções generalizantes sobre o comportamento dos agentes econômicos. Assim, por exemplo, a Comissão entende que o rigor do critério da indispensabilidade para configuração da obrigação de contratar pode ser amenizado quando “a posição da empresa dominante no mercado a montante foi desenvolvida ao abrigo da protecção de direitos especiais ou exclusivos ou foi financiada por recursos estatais” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 82)⁴². Também nos casos de compressão

⁴⁰ Algumas críticas ao teste do concorrente igualmente eficiente sugerem a formulação de um teste do “concorrente razoavelmente eficiente”, alegando o fato de que, em certas situações – especialmente em setores recentemente liberalizados, com posições dominantes entrenchadas por décadas de monopólio legal – seria necessário maior deferência aos rivais que, embora menos eficientes, exerceriam pressão concorrencial importante e precisariam de maior tempo para a obtenção da escala e experiência necessárias para atingir idêntico nível de eficiência à empresa dominante. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, 2009, §§ 23-24; UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2007, § 311; GAUDIN; SAAVEDRA, 2014, p. 159 (descrevendo a metodologia do teste); ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, p. 215, 229 relatos das autoridades de Reino Unido e Suécia sobre a possível aplicação do teste; e HAY; MCMAHON, 2012, p. 272 (críticas à insegurança jurídica do teste); GERADIN; O’DONOGHUE, 2005, p. 393 (analisando o fato de que a proteção de rivais menos eficientes não seria adequada ao contexto concorrencial e sim regulatório).

⁴¹ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 75.

⁴² Assim, se a posição dominante é derivada, por exemplo, de um antigo monopólio legal (o que é comum em setores privatizados) ou de outra forma de financiamento estatal, não há investimento empresarial inovador a ser protegido e fica “evidente que a imposição da obrigação de fornecimento não terá, manifestamente, efeitos negativos

de margens, a CEJ e a Comissão levaram em consideração, cuidadosamente, os investimentos feitos pelas empresas dominantes, bem como a *origem* de seu poder econômico⁴³.

4. A compressão de margens e o direito concorrencial brasileiro

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre a compressão de margens é esparsa e não apresenta uma conceituação coerente sobre o tema. Por essa razão, não é possível afirmar que a prática decisional do CADE tenha desenvolvido uma teoria tipicamente brasileira para o tema, e tampouco se pode concluir que o órgão tenha optado por alinhar-se a uma das concepções acima apresentadas.

Dentre os votos que mencionaram a prática, destacam-se⁴⁴:

a) *Processos Administrativos nº 53.500.001821/2002, 53.500.001823/2002 e 53500.001824/2002*⁴⁵: Segundo o voto do Relator, haveria dois testes sequenciais para a identificação da compressão de margens: a comparação da receita da empresa com seus custos totais, e a comparação

sobre os incentivos do proprietário do produto e/ou de outros operadores para investirem e inovarem a montante, seja de forma *ex ante* ou *ex post*” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 82, tradução livre).

⁴³ No caso Deutsche Telekom, o fato de a empresa ter usufruído de um monopólio legal antes da liberalização foi parte da justificativa para a razoabilidade da configuração do abuso (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010b, § 234, tradução livre, sem grifos no original). No mesmo sentido, no caso Telefónica, a decisão da Comissão Europeia observou que os incentivos *ex ante* para investimento pela Telefónica não seriam ameaçados pela decisão, uma vez que “a infraestrutura da Telefónica é em grande margem o fruto de investimentos que foram empreendidos bem antes do advento da banda-larga na Espanha e que, assim, não tiveram relação com o fornecimento de serviços de banda larga” (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2007, § 304, tradução livre). Igualmente, no Teliasonera, parte da análise da CEJ observou a importância de aplicação do artigo 102 no mercado relevante uma vez que “sua estrutura concorrencial ainda é altamente influenciada por sua estrutura monopolística anterior” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 109, tradução livre).

⁴⁴ Os votos serão analisados, tão-somente, quanto à definição de compressão de margens apresentada, sem efetuar qualquer juízo sobre o mérito das decisões – já que, em sua maioria, tais casos não tratavam exclusivamente da conduta em questão.

⁴⁵ No âmbito dos processos, discutiu-se a existência de compressão de margens na cobrança das tarifas de interconexão para acesso à rede local (TU-RL) cobrada pelas concessionárias às concorrentes.

entre o preço de varejo e os custos marginais da empresa⁴⁶ (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 13). O voto aponta a necessidade de *sacrifício* e, portanto, de caráter *predatório* dos preços de varejo para a configuração da compressão de margens⁴⁷. Se, por essa razão, a concepção do Voto não é compatível com o teste do concorrente igualmente eficiente europeu (que não exige caráter predatório nos preços de varejo), ela tampouco é compatível com os testes tradicionalmente aceitos de predação nos EUA (que, como visto, conectam elementos de *sacrifício* à posterior probabilidade de *recuperação* das perdas, para configuração do prejuízo ao bem-estar do consumidor).

b) *Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17*⁴⁸: no voto do Relator, definiu-se a compressão de margens como uma situação em que uma empresa comercializa o acesso a uma infraestrutura essencial, no atacado, a um preço superior ao “custo marginal verdadeiro” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2004, p. 3.875). Observa-se, então, que, no caso concreto, a compressão de margens foi definida como uma forma de *preço exploratório*, analisada exclusivamente em referência ao preço de atacado. No sistema europeu, a compressão de margens é classicamente definida, contudo, diante da interação entre preços de atacado e varejo; no sistema estadunidense, por sua vez, não se reconhece a figura do preço exploratório⁴⁹.

c) *Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91*⁵⁰: O voto da Relatora definiu a compressão de margens como uma variante dos preços

⁴⁶ O Voto baseou sua análise nos testes de imputação de preços apresentados no trabalho “Imputation rules and the regulation of anti-competitive behaviour in telecommunications” (1999), dos autores australianos Stephen King e Rodney Maddock. Merece destaque que os mesmos autores citados pelo voto, em artigo publicado em 2002, conceituam os testes em questão de modo bastante distinto, buscando comparar cenários reais com cenários hipotéticos em que a empresa teria tido de arcar com os custos dos insumos que cobra de seus concorrentes no varejo. O teste dos autores trata-se, no trabalho de 2002, de uma aplicação do princípio do “concorrente igualmente eficiente” europeu (KING; MADDOCK, 2002, p. 14).

⁴⁷ O voto conclui que “a análise conduzida pela Seae não demonstra que os preços finais cobrados pelas Representada não são capazes de cobrir os custos incorridos por elas” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 15) rejeitando a acusação de compressão de preços por essa razão.

⁴⁸ O caso trata da cobrança de tarifas na armazenagem de contêineres em alguns terminais portuários.

⁴⁹ Cf. CASTRO, 2012.

⁵⁰ O caso, envolvendo empresas de telecomunicação, tratou do efeito exclusionário dos preços públicos cobrados para terminação de chamadas na rede móvel (VU-M).

excessivos exclusionários⁵¹. Por essa razão, o voto analisou a relação entre custos e preços, concluindo que não haveria caráter excessivo, o que seria essencial para a configuração da compressão de margens⁵². A definição da prática apresentada pelo voto – que analisou tão-somente os preços de atacado da empresa verticalmente integrada – difere da definição europeia da compressão de margens (em que o efeito exclusionário deriva da relação entre preços de atacado e de varejo, sem necessidade de que os preços de atacado sejam, por si, excessivos)⁵³.

Se, como se nota, ainda não se construiu uma teoria brasileira de compressão de margens, a experiência de outras jurisdições pode contribuir à criação de uma política pública adequada às necessidades do país. É indesejável, contudo, a mera replicação de testes de configuração de compressão de margens de outras jurisdições no contexto nacional. É necessária a cautela de se avaliar se as realidades econômica, jurídica e institucional do Brasil apresentam peculiaridades que demandem modificação ou negação da aplicabilidade do teste proposto (GAL; PADILLA, 2010, p. 907).

Em relação aos EUA, viu-se que, naquela jurisdição, o teste para

⁵¹ “De acordo com a representação e com a SDE, as ora Representadas estariam se utilizando de um valor de VU-M manifestamente excessivo e discriminatório, o que levaria à prática de preços abusivos com o fim de exclusão de concorrente (price squeeze)”. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, § 107).

⁵² “Esse aspecto é de fundamental importância para o deslinde da controvérsia porque, afastada a premissa de que o VU-M precisa corresponder ao custo do uso da rede, fica ainda mais difícil comprovar a acusação de price squeeze, cuja prática dependeria da comprovação de algumas premissas: (i) a de que o VU-M teria por finalidade remunerar o custo do uso da rede móvel na terminação de chamadas e (ii) que os valores do VU-M ora questionados são superiores aos custos de remuneração de uso da rede” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, § 143).

⁵³ O voto também observou que os preços de atacado eram fixados pela agência regulatória, não havendo autonomia empresarial para sua fixação e, portanto, isentando as empresas de punibilidade (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, §§ 115-116). A compulsão regulatória impediria de plano uma acusação de compressão de margens no sistema estadunidense (que não reconhece a noção de obrigação antitruste de contratar – de onde poderia derivar eventual acusação de compressão de margens – se há obrigação regulatória no mesmo sentido). Na jurisprudência europeia, por sua vez, a noção de compulsão regulatória com relação aos preços de atacado não exclui – se há livre precificação no varejo – a autonomia da empresa verticalmente integrada para controlar a margem entre os preços, não a eximindo de possibilidade de condenação por abuso de posição dominante (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 50-51)

configuração da recusa de contratar (da qual a compressão de margens seria espécie) é centrado na identificação da *intenção* de monopolizar. A importação de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos como *Trinko* e *linkLine* teria de superar, como primeiro obstáculo, o regime de *responsabilidade objetiva* estipulado pela legislação concorrencial brasileira⁵⁴.

Ademais, um argumento em prol de se reconhecer o bem-estar do consumidor como finalidade única do direito concorrencial esbarra nos contornos constitucionais e legislativos do sistema jurídico-concorrencial brasileiro⁵⁵, que também revela preocupação com a dominação de mercado e a estrutura da concorrência⁵⁶. Esse foco na estrutura da concorrência vem sendo confirmado pela prática decisional do CADE com relação às restrições verticais como um todo (AZEVEDO, 2010, p. 9)⁵⁷.

Corroborando essa ideia, observe-se que o rol exemplificativo de condutas potencialmente anticoncorrenciais do art. 36 da Lei nº 12.529/2011,

⁵⁴ O art. 36 da Lei nº 12.529/2011 é claro em estabelecer que a ilicitude das práticas anticoncorrenciais é estruturada em torno de seus efeitos, “independentemente de culpa”.

⁵⁵ Além de estipular o caráter de princípio constitucional à livre concorrência (CR/88, Art. 170, IV), a Constituição de 1988 manteve expresso o objetivo de repressão ao abuso de poder econômico, proscrevendo a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (CR/88, Art. 173, § 4º), o que, conjuntamente ao art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (que proscreve a dominação de mercados, o aumento arbitrário de lucros e o abuso de posição dominante), revelam a preocupação com a estrutura da concorrência, não somente com o impacto direto de condutas no bem-estar do consumidor, e não subordina a legalidade de condutas empresariais à redução em imediato do bem-estar do consumidor (Art. 36, I, II, III e IV).

⁵⁶ No ponto, cf. ANDRADE, 2014, p. 170; FORGIONI, 2012, p. 186. Ademais, características da economia brasileira – em desenvolvimento, marcada por décadas de política econômica descomprometida com a defesa da concorrência – também sugerem a necessidade de uma postura mais rígida quanto ao fechamento de mercado por práticas unilaterais, como meio de promover a rivalidade e garantir abertura de mercados e maior mobilidade social (ADAM; ALDER, 2008; BUDZINSKI; BEIGI, 2015; DREXL, 2015; FOX, 2007; SALOMÃO FILHO, 2011).

⁵⁷ Observa Paulo Furquim de Azevedo que, inclusive, a jurisprudência nacional tem sido bastante consistente nesse sentido: “Quanto à análise de mérito, é interessante notar que, embora o tratamento conferido às restrições verticais seja marcado pela controvérsia e pela oscilação em seu enforcement na jurisdição norte-americana, é notável a consistência da relativamente curta experiência brasileira. Seu foco, via de regra, é a hipótese de fechamento de mercado, de elevação do custo de rivais ou, mais genericamente, de limitação à capacidade de outras empresas concorrerem por custos, por diferenciação ou inovação” (AZEVEDO, 2010, p. 9).

expressamente, inclui as práticas de “*limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado*” (art. 36, § 3º, III), “*criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços*” (art. 36, § 3º, IV) e “*impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição*” (art. 36, § 3º, V).

A propósito, a contribuição do Brasil à mesa-redonda da OCDE sobre compressão de margens enfatizou, acertadamente, que “a compressão de margens é uma forma distinta de abuso nessa jurisdição, embora ela possa manifestar-se junto de outras condutas indesejadas como o preço predatório” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), 2009, p. 261 - tradução livre). Essa afirmação nos parece acertada. O teste do “concorrente igualmente eficiente” pode ser um ponto de partida relevante para o desenvolvimento do tema no país⁵⁸, por se basear na ilicitude do fechamento de mercado por empresa dominante através de meios distintos da concorrência pelo mérito⁵⁹, ideia tão cara ao tratamento do abuso de posição dominante conferido pela legislação concorrencial brasileira⁶⁰

5. Considerações finais

É preciosa, para o direito brasileiro, a constatação de que, sequer entre

⁵⁸ Com efeito, o CADE, em uma de suas decisões mais emblemáticas em relação a restrições exclusionárias verticais, o caso AMBEV – Tô Contigo, utilizou-se desse conceito de forma próxima à aqui discutida – embora em sua variante utilizada na teoria dos descontos de fidelidade. O Voto do Relator para o caso destacou a necessidade de aferir os efeitos da prática restritiva da empresa ré no fechamento de mercado para concorrentes “tão ou mais eficientes” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009, § 118).

⁵⁹ O teste baseia-se na ideia de que é ilícito para uma empresa dominante “[...] adotar práticas de precificação que possuem um efeito exclusionário em concorrentes considerados tão eficientes quanto si e fortalecer sua posição dominante através de métodos distintos daqueles que são parte da concorrência pelo mérito” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, § 24, tradução livre).

⁶⁰ A legislação brasileira proscreve a distorção da concorrência através de práticas com o efeito de “dominar mercado relevante de bens e serviços” e “exercer de forma abusiva posição dominante” (Lei Federal nº 12.529/2011, art. 36, II e IV), salvo quando tais efeitos são obtidos pelo mérito ou, nos termos do §1º do Art. 36, ocorrem através de “processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores”.

os países desenvolvidos, a teoria concorrencial obteve, até agora, uniformização no entendimento sobre suas finalidades. A persistência de tal fronteira transatlântica, reiterada pelas diferentes abordagens do tema da compressão de margens, demonstra que a implementação do direito concorrencial é inseparável das opções políticas consagradas pelos ordenamentos jurídicos, bem como de dados de sua realidade econômica.

A política antitruste de determinado país não representa, portanto, uma questão de exclusivo interesse da Ciência Econômica. Os modelos econômicos são construídos e implementados em conjunto com (e a partir de) um feixe de instituições jurídicas, alinhadas a um entendimento jurídico-político sobre a(s) finalidade(s) do direito concorrencial. Esse entendimento, por sua vez, é o que informa os pressupostos aos testes econômicos formulados para caracterização da ilicitude da compressão de margens. Testes não são, portanto, necessariamente universais.

É essa a observação que deve orientar a cautela na replicação de jurisprudência estrangeira para fundamentação de decisões administrativas brasileiras. Conquanto útil, a experiência estrangeira deve servir como *ponto de partida* para a reflexão, não como verdade assentada. Considerando-se a condição brasileira de jurisdição antitruste cada vez mais expressiva no contexto internacional, é necessário que a comunidade jurídica nacional esteja permanentemente aberta à construção de conhecimento local, quando isso contribua para a construção de decisões melhor adaptadas aos desafios postos ao atual nível de desenvolvimento brasileiro.

6. Referências

ADAM, Michael; ALDER, Simon. ABUSE OF DOMINANCE AND ITS EFFECTS ON ECONOMIC DEVELOPMENT. In: LIPIMILE, GEORGE; QAQAYA, HASSAN (Org.). . *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2008. p. 571–629. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ditcclp20082_en.pdf>.

ANDRADE, José Maria Arruda De. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

AZEVEDO, Paulo Furquim De. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: A Experiência Brasileira*. , Textos para Discussão., nº 264. [S.l: s.n.], 2010.

BAKER, Jonathan B. Exclusion as a Core Competition Concern. *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 527–589, 2013.

BERGQVIST, Christian; TOWNSEND, John. *Enforcing Margin Squeeze Ex*

Post Across Converging Telecommunications Markets. , Legal Studies Research Paper Series., n° 2015–10. [S.l: s.n.], 2015. Disponível em: <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/workingpaper/working_paper_2015-2.pdf>.

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean Francois. Economic development, legality, and the transplant effect. *European Economic Review*, v. 47, n. 1, p. 165–195, 2003.

BORK, Robert H.; SIDAK, J Gregory. *BRIEF OF AMICI CURIAE PROFESSORS AND SCHOLARS IN LAW AND ECONOMICS IN SUPPORT OF THE PETITIONERS - PACIFIC BELL TELEPHONE COMPANY d/b/a AT&T CALIFORNIA, et al., Petitioners, v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., et al., Respondents.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_briefs_pdfs_07_08_07_512_PetitionerAmCuLawEcoProfsScholars.uthcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_briefs_pdfs_07_08_07_512_PetitionerAmCuLawEcoProfsScholars.authcheckdam.pdf)>. , 2009

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 - Voto do Conselheiro Fernando Magalhães Furlan.* . [S.l: s.n.]. , 2009

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17 - Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado.* . [S.l: s.n.]. , 2004

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91 - Voto da Conselheira Ana Frazão.* . [S.l: s.n.]. , 2013

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processos Administrativos nº 53.500.001821/2002, 53.500.001823/2002 e 53500.001824/2002 - Voto do Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.* . [S.l: s.n.]. , 2005

BUDZINSKI, Oliver; BEIGI, Maryan H. A. Generating instead of protecting competition. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

CARLTON, Dennis W. SHOULD “PRICE SQUEEZE” BE A RECOGNIZED FORM OF ANTICOMPETITIVE CONDUCT? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 4, n. 2, p. 271–278, 17 set. 2008. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhn012>>.

CASS, Ronald A.; HYLTON, Keith N. *Antitrust intent.* , Working Paper Series, Public Law & Legal Theory., n° 00–02. [S.l: s.n.], 2000. Disponível em: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/scal74§ion=40>.

CASTRO, Bruno Braz De. *Preços Exploratórios: mera “ficção científica” ou desafio real ao direito concorrencial brasileiro? (Dissertação de Mestrado)*. 2012. Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

CHONÉ, Philippe; KOMLY, Bruno; MEUNIER, Valérie. Margin squeeze, entry, and “umbrella effect”. v. 3, 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82o. do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. C 45, p. 7–20, 2009. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)

[content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>.

CROCIONI, Pietro; VELJANOVSKI, Cento. PRICE SQUEEZES, FORECLOSURE AND COMPETITION LAW: PRINCIPLES AND GUIDELINES. *Journal of Network Industries*, v. 4, n. 1, p. 28–60, 2003.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust Error. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 1, 2010.

DREXL, Josef. Consumer welfare and consumer harm: adjusting competition law and policies to the needs of developing jurisdictions. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Grinnell Corp.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/563/case.html>>. , 1966

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/case.html>>. , 1985

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *PACIFIC BELL TELEPHONE COMPANY, DBA AT&T CALIFORNIA, ET AL., PETITIONERS v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., ET AL.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/438/>>. , 2009

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Colgate & Co.* . [S.l: s.n.]. Disponível em:

- <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/300/case.html>>. , 1919
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *VERIZON COMMUNICATIONS INC., PETITIONER v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP.* . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/opinion.html>>. , 2004
- FAELLA, Gianluca; PARDOLESI, Roberto. Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law. *European Competition Journal*, v. 6, n. 1, p. 255–284, 2010.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FOX, Eleanor M. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 211, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1002637>>.
- GAL, Michal S.; PADILLA, A. Jorge. THE FOLLOWER PHENOMENON: IMPLICATIONS FOR THE DESIGN OF MONOPOLIZATION RULES IN A GLOBAL ECONOMY. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, p. 899–928, 2010.
- GAUDIN, Germain; SAAVEDRA, Claudia. Ex ante margin squeeze tests in the telecommunications industry: What is a reasonably efficient operator? *Telecommunications Policy*, v. 38, n. 2, p. 157–172, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.telpol.2013.08.005>>.
- GERADIN, Damien; O'DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 1, n. 2, p. 355–425, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhi009>>.
- GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, n. 1, p. 25–84, 1994a.
- GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, p. 25–84, 1994b.
- GERLA, Harry S. Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law. *Nebraska Law Review*, v. 75, n. 2, 1996.
- GORMSEN, Liza Lovdahl. *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.
- HAY, George A.; MCMAHON, Kathryn. The Diverging Approach to Price Squeezes in the United States and Europe. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 2, p. 259–296, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. Implementing Antitrust 's Welfare Goals. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013.

HOVENKAMP, Herbert. The Monopolization Offense. *Ohio State Law Journal*, v. 61, p. 1–9, 2000.

JONES, Alison. Distinguishing legitimate price competition from unlawful exclusionary behaviour: Reconciling and rationalising the case-law. In: PAIS, S. (Org.). . *Competition Law Challenges in the Next Decade*. [S.l: s.n.], 2016. p. 123–158. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614413>.

JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SAAVEDRA, Claudia. *The Economics of Margin Squeeze*. , CEPR Discussion Paper., nº 9905. [S.l: s.n.], 2014. Disponível em: <http://www.cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=9905>.

KAPLOW, Louis. On the choice of welfare standards in competition law. In: ZIMMER, DANIEL (Org.). . *The Goals of Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012. p. 03–27.

KING, Stephen P.; MADDOCK, Rodney. Imputation rules and a vertical price squeeze. *Australian Business and Law Review*, v. 30, n. 1, p. 43–60, 2002. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/229025941_Imputation_rules_and_a_vertical_price_squeeze>.

KIRKWOOD, John B; LANDE, Robert H. The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency. *Notre Dame Law Review*, v. 84, n. 1, p. 191–244, 2008.

LAO, Marina. “Aspen Skiing” and “Trinko”: Antitrust Intent and “Sacrifice”. *Antitrust Law Journal*, v. 73, p. 171–208, 2005.

LAO, Marina. IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2, p. 649, 2014.

MANDORFF, Martin; SAHL, Johan. *The Role of the “Equally Efficient Competitor” in the Assessment of Abuse of Dominance*. , Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics., nº 2013:1. [S.l: s.n.], 2013. Disponível em: <<http://www.konkurrensverket.se/en/publications-and-decisions/the-role-of-the-equally-efficient-competitor-in-the-assessment-of-abuse-of-dominance/>>.

MEISEL, John B. The Law and Economics of Margin Squeezes in the US Versus the EU. *European Competition Journal*, v. 8, n. 2, p. 383–402, 1 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.5235/ECJ.8.2.383>>.

ORBACH, Barak Y. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, p. 133–164, 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Policy Roundtables - Margin Squeeze - DAF/COMP(2009)36*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>. , 2009

OSTI, Cristoforo. Antitrust: a Heimlich manoeuvre. *European Competition Journal*, v. 11, n. 1, p. 221–264, 2015.

POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 925-, 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Legal Theory of Economic Power: Implications for Social and Economic Development*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

SIDAK, J Gregory. ABOLISHING THE PRICE SQUEEZE AS A THEORY OF ANTITRUST LIABILITY. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 4, n. 2, p. 279–309, 17 set. 2007. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhn018>>.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Case COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica - Commission Decision*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38784/38784_311_10.pdf>. , 2007

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Deutsche Telekom AG v European Commission - Caso 280/08*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-280/08>>. , 2010

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB, C-52/09 - Acórdão*. . Bruxelas: [s.n.]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5a311059dbe3e4db691e0f84bbafaf5f6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSchj0?text=&docid=81796&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1397364>>. , 2011

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities. - Caso T-201/04*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-201/04>>. , 2007

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und*

Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. - Caso C-7/97. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97>>. , 1998

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Post Danmark A/S vs. Konkurrencerådet - Caso 209/10.* . [S.l: s.n.]. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=704520>> . , 2012

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Telefónica SA and Telefónica de España SAU v European Commission - Caso 295/12.* . [S.l: s.n.]. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-295/12> P>. , 2014

WERDEN, Gregory J. The No Economic Sense Test for Exclusionary Conduct. *Journal of Corporate Law*, v. 31, n. 1, p. 293, 2005.