

ECONOMIA

Benchmark de Guias Estrangeiros sobre Abuso de Posição Dominante

**DIRETORIA DE
ECONOMIA**



Ficha Técnica

Direção

Presidente: Leonor Cordovil

Diretor Vice-Presidente: Guilherme Favaro Ribas

Diretora Vice-Presidente: Priscila Brolio Gonçalves

Diretora de Economia: Anna Olimpia de Moura Leite

Diretora de Concorrência: Renata Fonseca Zuccolo Giannella

Diretora de Publicações: Amanda Athayde

Coordenação

Vice-Diretora de Concorrência: Ana Bátia Glenk

Coordenadora Geral GT IBRAC Abuso de Posição Dominante e Revisora: Adriana Perez

Coordenadora Geral GT IBRAC Abuso de Posição Dominante e Revisora: Vivian Fraga

Dados da Publicação

Ano de publicação: 2026

Contato Institucional

IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,

Consumo e Comércio Internacional

Rua Cardoso de Almeida, 788, conjunto 121, Perdizes,

São Paulo CEP 05013-001

Tel: +55 11 3872-2609

E-mail: publicacoes@ibrac.org.br

Site: www.ibrac.org.br

Documento de Trabalho

GT IBRAC — Abuso de Poder Econômico

Benchmark de Guias Estrangeiros sobre Abuso de Posição Dominante

(Reino Unido, Japão, Estados Unidos, Austrália,
México, União Europeia e Chile)

Abril a julho de 2026

Amanda Athayde (Autora, SubCoordenadora GT IBRAC Abuso de Posição Dominante e Revisora)

Alessandro Pezzolo Giacaglia (União Europeia) (Autor)

Ana Carolina Estevão Albuquerque (Chile) (Autora)

Gabriela Monteiro (Japão) (Autora)

Julio Campos (Austrália) (Autor)

Mariana Trotta (Estados Unidos) (Autora)

Sâmella Gonçalves (Reino Unido) (Autora)

Vítor Fuks (México) (Autor)

INTRODUÇÃO

O presente documento de trabalho constitui um *benchmark* comparativo de guias e documentos institucionais emitidos por autoridades de defesa da concorrência de sete jurisdições estrangeiras (Reino Unido, Japão, Estados Unidos, Austrália, México, União Europeia e Chile) sobre abuso de posição dominante e condutas unilaterais exclusionárias.

O estudo insere-se no âmbito dos trabalhos do GT IBRAC sobre Abuso de Poder Econômico e tem como objetivo central mapear as melhores práticas internacionais em matéria de orientação pública (*soft law*) para a repressão de condutas anticoncorrenciais unilaterais, contribuindo para a reflexão sobre a eventual construção de um guia brasileiro de abuso de posição dominante.

No Brasil, o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) estabelece o marco normativo brasileiro para a repressão ao abuso de posição dominante, elencando, em seus incisos e parágrafos, hipóteses de infração à ordem econômica que abrangem tanto condutas exclusionárias quanto exploratórias. Apesar do diploma legal, o Brasil ainda não dispõe de um guia público consolidado que oriente a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na análise dessas condutas, diferentemente do que já ocorre em diversas jurisdições de referência. A construção de um instrumento dessa natureza poderia conferir maior transparência, previsibilidade e segurança jurídica aos agentes econômicos, sem prejuízo do reconhecimento das peculiaridades do ordenamento jurídico nacional e da jurisprudência administrativa brasileira.

Nesse sentido, o presente *benchmark* não pretende propor a transposição automática de modelos estrangeiros, mas sim oferecer subsídios analíticos para que se identifiquem convergências e divergências entre as abordagens internacionais, fornecendo insumos qualificados para o debate sobre um possível guia brasileiro. Reconhece-se, desde logo, que o sistema brasileiro apresenta características próprias (como, por exemplo, a presunção legal de posição dominante a um patamar baixo, de 20% de participação de mercado, prevista no art. 36, § 2º da Lei nº 12.529/2011), que demandam adaptação crítica de quaisquer referências estrangeiras, mas tais referências podem, de qualquer forma, contribuir para a discussão relativa também a algumas dessas características.

Em termos metodológicos, o *benchmark* parte de quatro escolhas metodológicas centrais.

Primeiro, quanto ao objetivo: o exercício não busca descrever exhaustivamente cada regime estrangeiro de repressão ao abuso de posição dominante, mas sim identificar, a partir de guias e documentos institucionais, os elementos que mais diretamente contribuem para conferir previsibilidade à análise de condutas unilaterais, organizar a sequência lógica do exame de uma conduta, relacionar teorias de dano às evidências necessárias para testá-las e delimitar o espaço de discricionariedade da autoridade, que são funções típicas de um guia dessa natureza.

Segundo, quanto à seleção de jurisdições e documentos: o critério adotado foi o de reunir jurisdições com sistemas de defesa da concorrência consolidados que disponham de guias ou documentos institucionais de orientação públicos especificamente dedicados ao abuso de posição dominante ou às condutas unilaterais. Este requisito, por si só, restringe consideravelmente o universo de jurisdições elegíveis, já que muitas autoridades maduras nunca editaram documento dessa natureza. Foram assim selecionadas sete jurisdições (Reino Unido, Japão, Estados Unidos, Austrália, México, União Europeia e Chile) e, dentro de cada uma, os documentos formalmente vigentes ou historicamente mais relevantes sobre a matéria, ainda que alguns tenham sido posteriormente descontinuados ou sucedidos por outros instrumentos, circunstância expressamente sinalizada ao longo do texto.

Terceiro, quanto ao conceito de guia adotado: para fins deste *benchmark*, entende-se por guia qualquer guia ou documento institucional de orientação pública (*soft law*), formal ou informal, vinculante ou não perante tribunais, emitido por uma autoridade de concorrência ou órgão correlato com o propósito de esclarecer critérios de aplicação da legislação a condutas unilaterais abusivas.

Quarto, a comparação entre jurisdições seguiu treze dimensões comuns, descritos a seguir, por meio dos quais será possível identificar convergências e divergências relevantes para o eventual desenvolvimento de um guia brasileiro. São eles: (1) natureza do documento; (2) autoridade emissora; (3) base legal de referência; (4) escopo material; (5) definição de dominância / poder de mercado; (6) tipologia de condutas — incluindo preços predatórios, acordos de exclusividade, vendas casadas, recusa de contratar, descontos condicionais, *margin squeeze*, discriminação, preços excessivos, restrições verticais intra-marca, autofavorecimento em mercados digitais e subsídios cruzados; (7) teste analítico predominante; (8) papel da intenção; (9) *safe harbors* e *thresholds*; (10) justificações objetivas e eficiências; (11) evidência econômica; (12) ônus da prova; e (13) tratamento de mercados digitais e plataformas.¹ Essas treze dimensões não são isoladas: lidas em conjunto, elas podem ser agrupadas em quatro blocos conceituais que refletem funções distintas de um guia de abuso de posição dominante.

O primeiro bloco trata do status institucional e do escopo do guia (natureza do documento, autoridade emissora, base legal e escopo material, descritos nas seções 1 a 4), determinando o grau de vinculação e a abrangência subjetiva e material do instrumento. O segundo bloco corresponde ao *framework* substantivo empregado na análise das condutas (definição de dominância ou poder de mercado, tipologia de condutas e teorias de dano contempladas, teste analítico predominante, papel da intenção, *safe harbors* e *thresholds*, e justificações objetivas e eficiências, descritos nas seções 5 a 10), estrutura que confere previsibilidade ao organizar a sequência lógica da análise. O terceiro bloco

¹ A escolha desses treze parâmetros reflete as dimensões que se mostraram comuns à generalidade dos documentos analisados e que melhor permitem a comparação entre jurisdições. Não se trata, contudo, de rol exaustivo, de modo que pesquisas futuras podem incorporar outros critérios igualmente relevantes (tais como o tratamento de remédios e sanções, os mecanismos de compromisso e de encerramento consensual, a articulação com o controle de estruturas, os prazos e etapas procedimentais, o tratamento de propriedade intelectual, a análise de mercados de trabalho ou o grau de participação de terceiros interessados no procedimento), que não integraram o escopo deste primeiro levantamento.

reúne o framework probatório e decisório (papel da evidência econômica e distribuição do ônus da prova, descritos nas seções 11 e 12), relevante para relacionar as teorias de dano às evidências necessárias para testá-las. O quarto bloco avalia a capacidade de adaptação do framework a novas questões concorrenciais, em especial em mercados digitais e de plataformas (seção 13).

O quadro a seguir sintetiza essa correspondência entre blocos conceituais e dimensões analisadas:

Bloco Conceitual	Função no guia	Dimensões correspondentes
I. Status institucional e escopo	Define o grau de vinculação do documento e o alcance subjetivo e material da orientação.	1. Natureza do documento; 2. Autoridade emissora; 3. Base legal de referência; 4. Escopo material
II. Framework substantivo	Organiza a sequência lógica da análise da conduta e confere previsibilidade aos critérios aplicados.	5. Dominância / poder de mercado; 6. Tipologia de condutas; 7. Teste analítico predominante;
III. Framework probatório e decisório	Relaciona as teorias de dano às evidências necessárias para testá-las e distribui responsabilidades probatórias.	8. Papel da intenção; 9. Safe harbors e thresholds; 10. Justificações objetivas e eficiências 11. Evidência econômica; 12. Ônus da prova
IV. Capacidade de adaptação	Avalia a aptidão do framework para responder a novas questões concorrenciais.	13. Tratamento de mercados digitais e plataformas

Para a análise de cada critério em cada jurisdição, foi designado um integrante do GT. As análises, interpretações e eventuais opiniões expressas neste documento de trabalho são de responsabilidade exclusiva de seus autores, não representando necessariamente a posição institucional do IBRAC. Eventuais erros ou omissões são de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

Introdução	4
Tendências dos guias estrangeiros	8
<u>Bloco I. Status institucional e escopo</u>	12
2. Autoridade emissora	20
3. Base legal de referência	24
4. Escopo material	30
<u>Bloco II. Framework substantivo</u>	36
5. Definição de dominância / poder de mercado	36
6. Tipologia de condutas tratadas	45
7. Teste analítico predominante	108
<u>Bloco III. Framework probatório e decisório</u>	115
8. Papel da intenção	115
9. <i>Safe harbors / thresholds</i>	121
10. Justificações objetivas / eficiências	126
11. Evidências econômicas	133
12. Ônus da prova	138
<u>Bloco IV. Capacidade de adaptação</u>	143
13. Tratamento de mercados digitais / plataformas	143
Referências	149
Anexo I — Árvore de decisão por jurisdição	152

TENDÊNCIAS DOS GUIAS ESTRANGEIROS

Esta seção antecipa, de forma consolidada, alguns dos principais achados do benchmark. A leitura detalhada de cada uma das treze dimensões, jurisdição por jurisdição, encontra-se nas seções seguintes, às quais se remete o leitor interessado no detalhamento de cada ponto.

Quanto ao status institucional e ao escopo (bloco 1), todas as jurisdições analisadas contam com base legal expressa para a repressão ao abuso de posição dominante, ainda que o grau de formalidade e vigência dos guias varie sensivelmente. Há instrumentos plenamente vigentes e aplicados (Reino Unido/CMA, Austrália, Japão, México, Chile) e documentos retirados ou ainda em fase de minuta (EUA, União Europeia).

Quanto ao framework substantivo (bloco 2), há convergência relevante quanto à centralidade da análise baseada em efeitos, à ausência de tratamento per se para a generalidade das condutas unilaterais e à multifatorialidade da avaliação de dominância, com divergências concentradas nos limiares quantitativos utilizados como indicativos (variando de análise puramente qualitativa, na Austrália, a presunções na faixa de 50% a 70%, no Reino Unido, na União Europeia e, na prática jurisprudencial, também no Chile).

Quanto ao framework probatório e decisório (bloco 3), todas as jurisdições atribuem à autoridade o ônus inicial de demonstrar dominância e efeitos anticompetitivos, com graus variados de exigência de contraprova pela empresa investigada.

Quanto à capacidade de adaptação a mercados digitais (bloco 4), observa-se uma trajetória comum de evolução: guias mais antigos, silentes sobre plataformas digitais, vêm sendo complementados por regimes específicos (DMCCA no Reino Unido, DMA e Draft Guidelines na União Europeia, guia de posição superior de barganha no Japão, Parte IVBA na Austrália), enquanto outras jurisdições (EUA, México) ainda aplicam os instrumentos gerais existentes.

O quadro a seguir consolida, para cada uma das treze dimensões analisadas, a posição de cada jurisdição, permitindo a visualização simultânea das convergências e divergências identificadas. As formulações são necessariamente sintéticas e devem ser lidas em conjunto com as seções correspondentes.

Dimensão	Reino Unido	Japão	Estados Unidos	Austrália	México	União Europeia	Chile
Natureza do documento	Guia de orientação (soft law); texto do OFT adotado pelo CMA Board	Pluralidade de guias setoriais (soft law)	Relatório do DOJ; formalmente retirado em 2009	Guidelines administrativas (soft law)	Guias substantivos e procedimentais	Policy Brief (2023) + Draft Guidelines (2024, em minuta)	Guia de restrições verticais + jurisprudência do TDLC
Autoridade emissora	OFT (2004); funções hoje exercidas pela CMA	JFTC	DOJ (aplicação compartilhada com a FTC)	ACCC	CFC/COFECE; hoje CNA	Comissão Europeia (DG COMP)	FNE (investigação) e TDLC (julgamento)
Base legal de referência	Competition Act 1998, Chapter II: Regulamento (CE) 1/2003	Antimonopoly Act, Arts. 3º e 19	Sherman Act, Seção 2	Competition and Consumer Act 2010, Seção 46	Constituição, art. 28; LFOE	Art. 102 TFUE; Regulamento (CE) 1/2003	DL 211, Arts. 1º, 3º e 4º
Escopo material	Condutas exclusivas e exploratórias	Cobertura fragmentada; inclui posição superior de barganha	Apenas condutas exclusivas (monopolização)	Misuse of market power (teste de SLC)	Práticas monopolísticas relativas	Apenas abusos exclusionários	Restrições verticais e abusos em geral
Dominância / poder de mercado	Presunção acima de 50%; improvável abaixo de 40%	50% como critério de priorização, não requisito legal	Monopoly power; prática exige acima de 50%; presunção relativa acima de dois terços	Sem limiar fixo; análise qualitativa multifatorial	Poder substancial; sem parâmetros numéricos objetivos	Presunção acima de 50%; exclusão abaixo de 10%	Sem threshold legal; TDLC já considerou faixas de 50% a 70%
Tipologia de condutas	Lista aberta de condutas exclusivas e exploratórias	Categorias legais distintas conforme o dispositivo aplicável	Predação, exclusividade, tying, recusa de contratar e descontos	Clausula geral da Seção 46, sem tipologia fechada	Lista taxativa de práticas monopolísticas relativas na LFCE	Tipologia detalhada por conduta nos Draft Guidelines	Lista não taxativa (DL 211, art. 3º)
Teste analítico predominante	Baseado em efeitos, caso a caso	Baseado em efeitos, mediante fatores de análise	Desproporcionalidade, com testes específicos por conduta	Substantial lessening of competition (with or without test)	Objeto ou efeito, com aferição de poder substancial	Sistema tripartite: presunção, teste específico ou análise concreta	Regra da razão
Papel da intenção	Não determinante; elemento probatório complementar	Abordagem objetiva; intenção como reforço	Abordagem objetiva; intenção auxilia a interpretar a conduta	Purpose é vetor autônomo, bastando ser substancial	Objeto ou efeito; intenção releva para dosimetria da multa	Objetiva; exige plano de eliminação na predação em zona intermediária	Art. 3º, c) refere finalidade: TDLC foca nos efeitos
Safe harbors / thresholds	Sem safe harbor; imunidade limitada a multas para faturamento inferior a £50 mi	Sem safe harbor formal	Sem safe harbor formal; testes de custo funcionam como proxy	Recusa lineares fixos; autorização prévia individual como imunidade	Improcedência quando notória a ausência de poder substancial	Presunção acima de 50% e exclusão abaixo de 10%; sem de mínimos para a infração	Sem safe harbors
Justificações objetivas / eficiências	Admite justificativa objetiva proporcional; sem mecanismo de isenção	Razões justificáveis apreciadas caso a caso	Ponderação custo-benefício (disproportionality test)	Sem defesa autônoma; integrada ao próprio conceito de SLC	Admite eficiências, com ônus da empresa investigada	Necessidade objetiva e eficiência, com quatro requisitos cumulativos (contrabalanceamento, nexos causal, necessidade e não eliminação da concorrência efetiva)	Admite justificação sob a regra da razão
Evidência econômica	Central, sem prescrição metodológica rígida	Integrada por meio dos fatores de análise	Testes de custo e eficiências; ênfase em administrabilidade	Multifatorial qualitativo: poderes compulsórios (S. 155) e S. 83	Análise econômica de poder substancial e de efeitos	A mais prescritiva: CVM, CEM, CTM, CAMLP e contrafactual	Análise econômica sob regra da razão, sem métricas fixas
Ônus da prova	Autoridade prova dominância e abuso; empresa prova a justificativa	JFTC suporta o ônus; empresa demonstra razões justificáveis	Burden-shifting escalonado em três etapas	Balance of probabilities; sem inversão formal	Autoridade demonstra; empresa prova eficiências	Presunções em certas condutas transferem a refutação à empresa	Preponderância da prova; sem inversão formal
Mercados digitais / plataformas	Guia silente: regime ex ante do DMCCA 2024 (SMS) desde 2025	Guia específico sobre posição superior de barganha e dados pessoais	Sem tratamento específico; caso Microsoft (1998) como ilustração	Regime setorial (Parte IVBA) para plataformas e mídia jornalística	Sem tratamento específico nos documentos analisados	Categoria autônoma nos Draft Guidelines, somada ao DMA	Enforcement ativo recente, sem legislação específica

Tabela geral consolidada das treze dimensões analisadas neste documento. Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de ClaudeIA, a partir da interpretação dos Guias.

As árvores decisórias de cada jurisdição, das quais este roteiro é síntese, constam do Anexo I.

Integrante responsável: Amanda Athayde



Roteiro geral consolidado de análise de condutas unilaterais.

Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de ClaudeIA, a partir da interpretação dos Guias.

Algumas das contribuições possíveis para o desenvolvimento de um guia brasileiro de Abuso de Posição Dominante

O presente benchmark não pretende recomendar a importação de qualquer modelo estrangeiro, mas permite identificar escolhas de desenho que se mostraram recorrentes na experiência internacional. Por esse motivo, pode ser potencialmente útil ao CADE na eventual elaboração de guia próprio sobre abuso de posição dominante.

Alguns insights podem extraídos do material analisado, dentre as quais destacam-se:

Adotar abordagem baseada em efeitos, com indicadores e não limiares rígidos.

Todas as sete jurisdições analisadas rejeitam o formalismo e nenhuma estabelece safe harbors absolutos. A experiência comparada sugere que limiares de participação de mercado sejam apresentados como indicativos da necessidade de análise mais aprofundada, e não como presunções de ilicitude, o que dialoga com a presunção legal de posição dominante a partir de 20% prevista no direito brasileiro, cuja função é distinta da dos thresholds observados no benchmark. Seria interessante que o CADE eventualmente indicasse quais fatores podem fazer com que haja posição dominante abaixo

do patamar de 20% e com que não haja posição dominante mesmo acima do patamar de 20% de participação de mercado, e quais fatores qualitativos podem afastar, na prática, a presunção decorrente da participação de mercado.

Conectar teoria de dano, fatores a investigar e evidências.

É neste ponto que os guias das sete jurisdições analisadas mais variam em qualidade. Um guia brasileiro que, para cada conduta, explicitasse a teoria de dano aplicável, os fatores a investigar, o passo a passo de análise e o tipo de evidência apta a comprová-los ofereceria ganho relevante de previsibilidade tanto para a instrução processual da SG quanto para o exercício do contraditório pelas empresas investigadas.

Tratar justificativas objetivas e eficiências de forma estruturada.

A experiência europeia sugere o valor de se ter avaliação objetiva das justificativas das condutas, explicitando os requisitos de cada uma das eficiências aportadas. Seria importante também mencionar a análise da proporcionalidade e da inexistência de alternativa menos restritiva.

Explicitar o standard probatório e a distribuição do ônus.

Há jurisdições que preveem deslocamentos pontuais do ônus da prova. A explicitação desses momentos (quando o ônus se desloca e o que exatamente deve ser demonstrado) é um dos elementos que mais podem contribuir para a previsibilidade do sistema.

Integrante responsável: Amanda Athayde

BLOCO I. STATUS INSTITUCIONAL E ESCOPO

1. Natureza do documento

Os seguintes guias e documentos de referência integram o benchmark, agrupados por jurisdição:

Reino Unido: ¹UK 2004 — OFT 402 (*Abuse of a dominant position*); UK 2004 — OFT 415 (*Assessment of Market Power*)

Japão: ²Japão 2009 — JFTC (*Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act*); Japão 2010 — JFTC (*Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Position under the Antimonopoly Act*); Japão 2005 — JFTC (*Guidelines Concerning Designation of Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers Relating to Trade with Suppliers*); Japão 2009 — JFTC (*Guidelines concerning unjust low price sales under the Antimonopoly Act*); Japão 2019 — JFTC (*Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position in Transactions between Digital Platform Operators and Consumers that Provide Personal Information, etc*); Japão 2020 — JFTC (*Guidelines concerning the activities Of trade associations Under the Antimonopoly Act*); Japão 1991 — JFTC (*Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act*)

¹ OFFICE OF FAIR TRADING. Abuse of a dominant position — Understanding competition law (OFT402). Londres, dez. 2004. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/abuse-of-a-dominant-position> (texto integral: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a74c497ed915d4d83b5ecd7/oft402.pdf>). O guia deve ser lido em conjunto com o documento complementar OFFICE OF FAIR TRADING, Assessment of market power (OFT415), dez. 2004, que trata especificamente da aferição de poder de mercado (<https://www.gov.uk/government/publications/assessment-of-market-power>). Nota institucional: o Office of Fair Trading foi extinto em 1º de abril de 2014 por força do Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, que transferiu suas competências em matéria de defesa da concorrência à Competition and Markets Authority (CMA). Ambos os guias foram formalmente adotados pelo CMA Board e permanecem vigentes, com a ressalva, constante do sítio oficial, de que o texto original foi mantido inalterado e, portanto, não reflete desenvolvimentos posteriores de jurisprudência, legislação ou prática decisória. Ao longo deste documento, as referências ao OFT identificam a autoria histórica dos guias; as funções nele descritas são hoje exercidas pela CMA.

² JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act (2009); Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Position under the Antimonopoly Act (2010); Guidelines Concerning Designation of Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers Relating to Trade with Suppliers (2005); Guidelines Concerning Unjust Low Price Sales under the Antimonopoly Act (2009); Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position in Transactions between Digital Platform Operators and Consumers that Provide Personal Information, etc. (2019); Guidelines Concerning the Activities of Trade Associations under the Antimonopoly Act (2020); Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act (1991). Todos disponíveis no sítio oficial da JFTC (www.jftc.go.jp). [URLs específicas a confirmar pelo integrante responsável.]

Estados Unidos: ³*EUA 2008/09 — DOJ (Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act)*

Austrália: ⁴*Austrália 2018 — ACCC (Updated Guidelines on Misuse of Market Power, s.46)*

México: ⁵*México 2018 — CFC (Prácticas monopólicas relativas); México 2020a — COFECE (Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas); México 2020b — COFECE (Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas)*

União Europeia: ⁶*EU 2023 Policy Brief (Competition Policy Brief 1/2023, Art. 102 TFUE); EU Draft Guidelines (EU 2024 — Draft Guidelines Art. 102 TFUE)*

Chile: ⁷*Chile 2014 — FNE (Guía de Restricciones Verticales)*

³ UNITED STATES. Department of Justice. Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. Washington, set. 2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act>. O relatório foi formalmente retirado pelo DOJ em 11 de maio de 2009 (Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law, disponível em: <https://www.justice.gov/archives/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>), subsistindo como fonte histórica e doutrinária.

⁴ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. Guidelines on Misuse of Market Power — Section 46 of the Competition and Consumer Act 2010. Canberra, 2018. Disponível no sítio oficial da ACCC (www.accc.gov.au). [URL específica a confirmar pelo integrante responsável.]

⁵ MÉXICO. Comisión Federal de Competencia. Prácticas monopólicas relativas (2018); COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas (2020); Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas (2020). Disponíveis no sítio oficial da autoridade mexicana de concorrência. Registre-se que, por força da reforma constitucional de dezembro de 2024 e da reforma da Ley Federal de Competencia Económica publicada em 16 de julho de 2025, a COFECE foi extinta e sucedida pela Comisión Nacional Antimonopolio (CNA), que assumiu suas atribuições em outubro de 2025. [URLs específicas a confirmar pelo integrante responsável.]

⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Competition Policy Brief 1/2023 — A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance (2023); Draft Guidelines on exclusionary abuses of dominance by dominant undertakings (2024), submetidas a consulta pública e ainda sem aprovação formal. Disponíveis no sítio oficial da DG Concorrência (competition-policy.ec.europa.eu). [URLs específicas a confirmar pelo integrante responsável.]

⁷ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. Guía para el Análisis de Restricciones Verticales. Santiago, jun. 2014. Disponível em: <https://www.fne.gob.cl/guia-de-restricciones-verticales-2/>. Marco legal de referência: Decreto Ley n. 211 (texto refundido), disponível em: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/09/DL_211_English.pdf.

A distribuição temporal dos documentos que integram o benchmark permite identificar o ritmo com que as jurisdições selecionadas produziram orientação pública sobre condutas unilaterais:

Ano	Jurisdição	Documento
1991	Japão	JFTC — Distribution Systems and Business Practices
2004	Reino Unido	OFT 402 — Abuse of a dominant position (dez./2004)
2005	Japão	JFTC — Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers
2008	Estados Unidos	DOJ — Single-Firm Conduct under Section 2 (retirado em 2009)
2009	Japão	JFTC — Exclusionary Private Monopolization
2009	Japão	JFTC — Unjust Low Price Sales
2010	Japão	JFTC — Abuse of Superior Bargaining Position
2014	Chile	FNE — Guía de Restricciones Verticales
2018	Austrália	ACCC — Misuse of Market Power (s. 46)
2018	México	CFC — Prácticas monopólicas relativas
2019	Japão	JFTC — Superior Bargaining Position: plataformas digitais e dados pessoais
2020	Japão	JFTC — Trade Associations
2020	México	COFECE — duas guias procedimentais de investigação
2023	União Europeia	Comissão Europeia — Competition Policy Brief 1/2023 (Art. 102)
2024	União Europeia	Comissão Europeia — Draft Guidelines Art. 102 (minuta)

Três padrões emergem dessa distribuição. Primeiro, há uma concentração inicial entre 2004 e 2010, período que sucede a modernização do enforcement europeu (Regulamento 1/2003) e que corresponde à primeira geração de guias sobre condutas unilaterais — nele se inserem o guia britânico (2004), o relatório norte-americano (2008) e a maior parte dos guias japoneses. Segundo, observa-se um intervalo de baixa produção entre 2011 e 2017, seguido de uma segunda onda a partir de 2018, que reúne Austrália (2018), México (2018 e 2020), Japão (2019 e 2020) e União Europeia (2023 e 2024): trata-se de geração marcada pela preocupação com mercados digitais e pela revisão de parâmetros econômicos consolidados na década anterior. Terceiro, o Japão constitui exceção metodológica relevante, por não concentrar sua orientação em documento único, mas em série de guias setoriais editados de forma contínua desde 1991. A esses marcos somam-se instrumentos que não são guias, mas que redesenham o próprio ambiente institucional analisado, como o DMCCA britânico (2024, em vigor desde 2025) e a reforma mexicana que criou a CNA (2025), ambos posteriores aos guias das respectivas jurisdições e ainda não refletidos neles.

1.1 Reino Unido

Trata-se de um Guia de Orientação publicado pelo extinto Office of Fair Trading (OFT) em 2004, que apresenta direcionamentos sobre a aplicação da legislação de concorrência relativa ao abuso de posição dominante. Destina-se a orientar empresas dominantes, clientes e interessados quanto à interpretação e aplicação prática da lei de concorrência, estabelecendo critérios que vinculam as decisões administrativas hoje adotadas pela CMA, sucessora do OFT.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

1.2 Japão

São Guias de orientação publicados pela Japan Fair Trade Commission (JFTC) que apresentam direcionamentos para a aplicação da legislação antitruste do Japão sobre condutas unilaterais diversas. Em geral, são voltados a empresas, agentes econômicos e associações empresariais sujeitos à aplicação da Antimonopoly Act, com o objetivo de aumentar a transparência do enforcement da JFTC e melhorar a previsibilidade para os operadores econômicos.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

1.3 Estados Unidos

*Trata-se do relatório do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (Department of Justice – DOJ), intitulado **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**⁸, publicado em setembro de 2008. O documento apresenta uma análise da interpretação e da aplicação da Seção 2 do Sherman Act, dispositivo que disciplina condutas unilaterais associadas ao abuso de poder de mercado, incluindo a monopolização, a tentativa de monopolização e a conspiração para monopolizar.*

Partindo da definição dessas condutas, o relatório examina diferentes práticas anticompetitivas, destacando aquelas que, à luz da jurisprudência e da experiência das autoridades de defesa da concorrência e tribunais, apresentam maior risco concorrencial. Entre elas, figuram o preço predatório (predatory pricing), a venda casada (tying), os descontos de fidelidade (loyalty rebates), a recusa unilateral de contratar ou negociar (refusal to deal) e os acordos de exclusividade (exclusive dealing). O relatório, contudo, não pretende esgotar todas as hipóteses de condutas relacionadas ao abuso de posição dominante, reconhecendo a dificuldade de delimitar ex ante todas as formas pelas quais uma conduta pode produzir efeitos anticompetitivos. Adicionalmente, o documento aborda a formulação de testes e padrões probatórios aplicáveis à avaliação dessas práticas, com o objetivo de proporcionar maior previsibilidade e segurança jurídica. Nesse contexto, expõe critérios para a identificação de situações de monopólio efetivo, exige a demonstração de condutas deliberadamente excludentes, distinguindo-as do crescimento decorrente de méritos competitivos (competition on the merits), e apresenta abordagens analíticas como o teste de efeitos, o teste do concorrente igualmente eficiente (equally efficient competitor test) e o conceito de custos evitáveis (avoidable costs) para a aferição de práticas predatórias.

O relatório não possui caráter vinculante. À época da publicação, constituiu sobretudo um esforço institucional do DOJ, com participação da Federal Trade Commission (FTC), voltado à sistematização da aplicação da Seção 2 do Sherman Act e ao fornecimento de orientação analítica para tribunais, autoridades públicas e demais stakeholders.

⁸ Disponível em <<https://www.justice.gov/archives/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act>>.

O relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009, durante a gestão de Christine Varney à frente da Divisão Antitruste. Segundo a autoridade, o documento estabelecia obstáculos excessivos à atuação antitruste governamental e adotava uma abordagem excessivamente cautelosa em relação às condutas unilaterais de empresas dominantes. A retirada do relatório representou uma mudança de orientação institucional, com o retorno a uma aplicação mais incisiva da Seção 2 do Sherman Act, baseada na jurisprudência consolidada e nos precedentes da Suprema Corte norte-americana⁹. Ainda assim, o relatório permanece relevante como fonte histórica para a compreensão do racional para a aplicação do direito antitruste norte-americano em casos envolvendo o poder de mercado unilateral e condutas de exclusionárias.

Integrante responsável: Mariana Trotta

1.4 Austrália

O documento analisado foi as Guidelines on Misuse of Market Power, publicadas pela Australian Competition and Consumer Commission (“ACCC”) em agosto de 2018. O guia possui natureza interpretativa e orientativa (soft law), tendo como objetivo esclarecer a forma pela qual a ACCC interpreta e pretende aplicar a seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”), especialmente após a reforma legislativa de 2017.

O documento não possui caráter vinculante para os tribunais australianos, que permanecem responsáveis pela interpretação da legislação concorrencial e pela determinação da existência de infrações e penalidades.

As Guidelines possuem enfoque prático e econômico, apresentando conceitos jurídicos fundamentais, metodologia analítica, exemplos hipotéticos e categorias de condutas potencialmente abusivas. O guia adota abordagem predominantemente effects-based, focada nos impactos concorrenciais das condutas e na proteção do competitive process. O item 3.2 das Guidelines elenca seis tipologias que, na experiência de autoridades e tribunais, apresentam maior potencial de contravenção à Seção 46, são elas: refusal to deal, restrição de acesso a insumo essencial, predatory pricing, loyalty rebates, margin/price squeeze e tying and bundling. Contudo, sem esgotar as hipóteses de incidência da norma, dado que o próprio guia reconhece não ser possível identificar com precisão os tipos de conduta que necessariamente a contravêm (ACCC, 2018, p. 8).

Para as condutas não expressamente contempladas pelo guia, como discriminação, preços excessivos, restrições verticais intra-marca, subsídios cruzados, autofavorecimento e tratamento de mercados digitais, a análise deste documento apoiou-se subsidiariamente no próprio texto do CCA, na compilação de número 163, de 28 de março de 2026, e, para o tema de autofavorecimento e

⁹ “Antitrust Division to Apply More Rigorous Standard with Focus on the Impact of Exclusionary Conduct on Consumers”. Publicado em 11 de maio de 2009. Disponível em <<https://www.justice.gov/archives/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>>. Acesso em 29 de maio de 2026.

restrições de acesso em mercados digitais, no Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021 (AUSTRÁLIA, 2021), que inseriu no CCA um capítulo específico instituindo regime setorial de barganha compulsória entre plataformas digitais designadas e empresas de mídia jornalística australianas. O recurso a essas fontes primárias teve por finalidade suprir as lacunas do guia da ACCC quanto às categorias de conduta não contempladas, preservando o foco principal da análise nas Guidelines.

Integrante responsável: Julio Campos

1.5 México

*O documento **Prácticas Monopólicas Relativas** possui natureza informativa, voltada à apresentação, em linguagem acessível, do regime mexicano aplicável às práticas monopólicas relativas ou condutas unilaterais. O material descreve a política de concorrência econômica, a função da CFC, os conceitos de mercado relevante e poder substancial, além de exemplos de condutas potencialmente ilícitas e aspectos gerais do procedimento sancionador. (CFC, 2018, p. 4)*

*A **Guía para Tramitar el Procedimiento de Investigación por Prácticas Monopólicas Relativas o Concentraciones Ilícitas** possui natureza informativa e procedimental, não vinculante. O documento tem por finalidade explicar a metodologia adotada pela Autoridad Investigadora da COFECE nos procedimentos de investigação de práticas monopólicas relativas a concentrações ilícitas, conferindo maior transparência e previsibilidade quanto ao trâmite investigativo. (COFECE, 2020a, p. 3)*

*A **Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas** também possui natureza informativa, procedimental e não vinculante, mas seu foco é mais específico: explicar os elementos considerados pela Autoridad Investigadora para iniciar investigações por práticas monopólicas e concentrações ilícitas. O documento concentra-se nos conceitos de causa objetiva e indício, nos mecanismos de início de investigação e nos requisitos de denúncias, solicitações preferenciais e investigações de ofício. (COFECE, 2020b, p. 2-3)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

1.6 União Europeia

A minuta de Orientações relativas à aplicação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (“EU Draft Guidelines”) constitui um guia da Comissão Europeia com os princípios para avaliar se a conduta de empresas dominantes constitui um abuso excludente nos termos do Artigo 102 do TFUE. Trata-se de um documento em fase de minuta, que ainda não foi adotado nem aprovado pela Comissão Europeia. As posições nele expressas são preliminares e não constituem posição

oficial da Comissão. O documento não possui caráter vinculante, tendo por objetivo reforçar a segurança jurídica e auxiliar as empresas na autoavaliação de suas condutas. O guia também se destina a orientar tribunais nacionais e autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros. Embora não seja vinculante, baseia-se na jurisprudência dos tribunais da União à época de sua adoção.

O Competition Policy Brief 1/2023, de 1º de março de 2023, sobre Uma Abordagem Dinâmica e Operacional ao Abuso de Posição Dominante Baseada nos Efeitos (“EU 2023 Policy Brief”) inclui uma Chamada a Apresentação de Provas para a adoção de novas orientações sobre abusos exclusionários e uma Comunicação de Alteração que revisa partes das Orientações sobre Prioridades de Aplicação de 2008/2009 que deixaram de refletir a abordagem da Comissão na determinação de quais casos de conduta exclusionária devem ser tratados com prioridade. O EU 2023 Policy Brief contextualiza a evolução para uma aplicação mais baseada em efeitos, incluindo a necessidade de intervenção eficaz em mercados digitais que apresentam efeitos de rede e dinâmicas de concentração. O EU 2023 Policy Brief também não é vinculante, mas reflete a posição oficial da Comissão sobre suas prioridades de aplicação e os ajustes realizados à luz da evolução jurisprudencial.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

1.7 Chile

O Guía de Restricciones Verticales (2014) da FNE é um documento de soft law, de natureza orientativa e não vinculante. Trata-se de um guia de análise que elenca os critérios e a metodologia que a Fiscalía Nacional Económica adota ao avaliar restrições verticais sob a ótica da legislação de defesa da concorrência chilena (DL 211). Embora não seja vinculante para o Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), a FNE pode fundamentar requerimentos judiciais com base nos critérios ali estabelecidos. O guia tem como objetivo proporcionar transparência e previsibilidade aos agentes econômicos sobre a postura da autoridade.¹⁰

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

1.8 Conclusões preliminares sobre a natureza do documento

As sete jurisdições analisadas convergem em um ponto fundamental: todos os documentos possuem natureza de soft law, ou seja, são instrumentos de orientação não vinculantes para tribunais, destinados a conferir transparência e previsibilidade à atuação das respectivas autoridades de concorrência na repressão a condutas unilaterais abusivas. Em todas as jurisdições, os guias voltam-se a esclarecer critérios de interpretação e aplicação da legislação de defesa da concorrência, oferecendo parâmetros que auxiliam empresas, operadores econômicos e demais stakeholders na autoavaliação

¹⁰ Fonte: FNE, Guía para el Análisis de las Restricciones Verticales, junho/2014; <https://www.fne.gob.cl/guia-de-restricciones-verticales-2/>

de suas condutas frente às normas concorrenciais.

As diferenças residem, sobretudo, no grau de formalidade, vigência e abrangência dos documentos. O guia do Reino Unido, embora publicado pelo então OFT (hoje CMA), vincula administrativamente, na prática atual, a CMA, sua sucessora em suas decisões. Já o relatório dos EUA foi formalmente retirado em 2009, subsistindo apenas como fonte histórica. O EU Draft Guidelines encontra-se ainda em fase de minuta, sem aprovação formal pela Comissão Europeia. No Japão, há pluralidade de guias setoriais cobrindo condutas diversas, enquanto Austrália, México e Chile possuem documentos mais concentrados. Ademais, enquanto alguns guias são exclusivamente substantivos (Reino Unido, Japão, UE, Austrália), os documentos mexicanos incluem orientações procedimentais sobre o trâmite investigativo, e o guia chileno restringe-se a restrições verticais, sendo necessário recorrer à legislação primária e à jurisprudência para as demais condutas.

Do ponto de vista do desenho de um guia, a comparação sugere que a natureza do documento condiciona o próprio grau de detalhamento que ele pode assumir. Guias que vinculam administrativamente a autoridade emissora tendem a ser mais cautelosos na formulação de testes, porque cada critério enunciado passa a ser oponível pelas empresas investigadas; documentos meramente informativos admitem maior densidade analítica, mas geram menos previsibilidade efetiva.

Integrante responsável: Amanda Athayde

2. AUTORIDADE EMISSORA

2.1 Reino Unido

*A autoridade emissora é o **Office of Fair Trading (OFT)** do Reino Unido, em cumprimento à Seção 52 do Competition Act 1998. O OFT (hoje CMA) foi extinto em 2014, e suas funções em matéria de defesa da concorrência foram transferidas à Competition and Markets Authority (CMA), atual autoridade responsável pela aplicação do guia e pela condução das investigações e decisões referidas ao longo desta seção; as referências ao OFT (hoje CMA) ao longo do texto identificam a autoria histórica do documento, e não a estrutura institucional atualmente vigente. Quando se trata de um setor regulado, o guia também é aplicado, com poderes concorrentes, pelas seguintes agências reguladoras setoriais: (i) **OFCOM**: comunicações; (ii) **OFGEM** e **OFREG NI**: gás e eletricidade; (iii) **OFWAT**: serviços de água e esgoto; (iv) **ORR**: ferrovias; e (v) **CAA**: serviços de tráfego aéreo.*

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

2.2 Japão

A autoridade emissora dos documentos é a Japan Fair Trade Commission (“JFTC”).

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

2.3 Estados Unidos

A autoridade emissora é o DOJ (U.S. Department of Justice).

Integrante responsável: Mariana Trotta

2.4 Austrália

A autoridade emissora do documento é a Australian Competition and Consumer Commission (“ACCC”), autoridade nacional independente responsável pela aplicação e fiscalização da legislação concorrencial e consumerista australiana.

Nos termos do próprio guia, compete à ACCC investigar e promover medidas de enforcement relacionadas às infrações da seção 46 do Competition and Consumer Act 2010, inclusive mediante ajuizamento de ações perante os tribunais australianos (ACCC, 2018, p. 2). O guia ressalta, contudo,

que a interpretação definitiva da legislação cabe ao Poder Judiciário (ACCC, 2018, p. 2). Além da função repressiva, a ACCC exerce papel orientativo e institucional, utilizando guidelines, como o ora analisado, para fornecer previsibilidade regulatória aos agentes econômicos.

Integrante responsável: Julio Campos

2.5 México

*A autoridade emissora do **Prácticas monopólicas relativas** é a Comisión Federal de Competencia (“CFC”), já do **Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas** e do **Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas** é a Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”).*

*Para fins de completude, registra-se que a autoridade concorrencial mexicana analisada nos documentos passou por mudanças institucionais: a antiga **CFC** foi sucedida pela **COFECE**, cujo acervo e funções foram, por sua vez, objeto de transição para a atual Comisión Nacional Antimonopolio (“CNA”).¹¹*

Integrante responsável: Vítor Fuks

2.6 União Europeia

A autoridade emissora é a Comissão Europeia, especificamente a Direção-Geral da Concorrência. O guia também fornece orientação às autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros e aos tribunais nacionais na aplicação descentralizada do Artigo 102 do TFUE, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003, que modernizou o sistema de aplicação das regras de concorrência da União Europeia.

¹¹ A CFC, criada pela Ley Federal de Competencia Económica de 1992 como órgão desconcentrado da administração federal, foi substituída pela COFECE por força da reforma constitucional de 2013, que instituiu a nova comissão como órgão constitucional autônomo, dotado de personalidade jurídica e independência orçamentária e decisória, no âmbito da nova LFCE de 2014. Os guias analisados foram emitidos em momentos distintos dessa trajetória, o que explica a diversidade de autoria. Mais recentemente, a reforma constitucional de dezembro de 2024 (em matéria de simplificação orgânica) e a reforma da LFCE publicada em julho de 2025 determinaram a extinção da COFECE como órgão autônomo — bem como do IFT, cujas competências concorrenciais em telecomunicações e radiodifusão foram absorvidas — e criaram a Comissão Nacional Antimonopolio (CNA), que assumiu suas funções com a integração de seu Pleno em outubro de 2025. A CNA configura-se como organismo público descentralizado da administração federal, setorizado à Secretaria de Economia: embora a lei lhe assegure independência técnica e operativa em suas decisões, a nova autoridade deixou de gozar da autonomia constitucional que caracterizava a COFECE, passando a integrar a estrutura do Poder Executivo — mudança institucional relevante para a avaliação da estabilidade e previsibilidade do enforcement no país, sem que os guias analisados tenham sido, até o momento, substancialmente revistos em função dessa transição.

A Comissão atua tanto como formuladora de políticas, por meio de comunicações e diretrizes, quanto como autoridade de aplicação do direito da concorrência da União Europeia. Sua competência abrange a investigação e a sanção de abusos de posição dominante no mercado interno da União Europeia, com base no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

2.7 Chile

A Fiscalía Nacional Económica (FNE), órgão público descentralizado, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, é independente de qualquer outra entidade ou serviço, e está sujeita à supervisão do Presidente da República, por meio do Ministério da Economia, Desenvolvimento e Turismo. A FNE é responsável por investigar, promover e defender a livre concorrência em todos os mercados ou setores produtivos da economia chilena. Suas decisões de investigação e propositura de ações não podem ser revogadas por nenhuma outra autoridade.

O sistema chileno envolve a intervenção de três autoridades: (i) a FNE, com poderes de investigação, propositura de ações, avaliação de fusões e realização de estudos de mercado; (ii) o Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), tribunal judicial independente e especializado, composto por cinco juízes experts em direito concorrencial e organização industrial — sendo três advogados e dois economistas — com jurisdição exclusiva para decidir casos contenciosos (denúncias de infrações anticompetitivas e ações de indenização follow-on) e não contenciosos; e (iii) a Suprema Corte, que atua como instância de revisão completa (mérito e legalidade) das decisões do TDLC mediante recurso de reclamação.

A FNE participa ativamente em foros internacionais, incluindo o Comitê de Concorrência da OCDE, a International Competition Network (ICN), a UNCTAD e o do Competition Policy and Law Group (CPLG) da Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC).

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

2.8 Conclusões preliminares sobre a autoridade emissora

Em todas as sete jurisdições, os documentos analisados foram emitidos pelas respectivas autoridades nacionais de concorrência responsáveis pela investigação e enforcement de condutas unilaterais abusivas: OFT (Reino Unido, hoje CMA), JFTC (Japão), DOJ (Estados Unidos), ACCC (Austrália), CFC/COFECE (México), Comissão Europeia (União Europeia) e FNE (Chile). Em todos os casos, trata-se de órgãos públicos especializados com mandato legal para promover e defender a livre concorrência, exercendo funções tanto repressivas (investigação e sanção) quanto orientativas (publicação de guias e diretrizes).

As diferenças mais relevantes dizem respeito ao desenho institucional. Na União Europeia, a Comissão exerce simultaneamente funções de formulação de política e de enforcement, orientando também autoridades nacionais dos Estados-Membros no regime descentralizado do Regulamento 1/2003. No Reino Unido, a CMA (sucessora do OFT) atua em coordenação com reguladores setoriais (OFCOM, OFGEM, ORR, entre outros). No Chile, o sistema é tripartite, envolvendo a FNE (investigação), o TDLC (julgamento especializado com composição mista de juristas e economistas) e a Corte Suprema (revisão). No México, houve sucessão institucional da CFC para a COFECE e, posteriormente, para a CNA. Nos EUA, o relatório resultou de esforço conjunto entre DOJ e FTC, sem que nenhum dos dois tenha competência exclusiva. A JFTC concentra competências investigativa e sancionadora em um único órgão, e a ACCC australiana conjuga funções de enforcement concorrencial e consumerista.

Integrante responsável: Amanda Athayde

3. BASE LEGAL DE REFERÊNCIA

3.1 Reino Unido

O guia fundamenta-se em múltiplas camadas de legislação complementares. O Competition Act 1998 é a principal legislação: sua Seção 52 obriga o OFT (hoje CMA) a publicar orientações gerais sobre aplicação da lei de concorrência (o que origina este guia); a Seção 18(1) contém a “Chapter II prohibition” que proíbe abuso de posição dominante no Reino Unido; e a Seção 60 impõe ao OFT (hoje CMA) aplicar essa proibição de forma consistente com o direito comunitário europeu.

No nível europeu, o EC Treaty estabelece o Article 82, que proíbe abuso de posição dominante que afete comércio entre Estados-membros, é o equivalente comunitário da Chapter II prohibition britânica, e o OFT (hoje CMA) deve aplicar ambas simultaneamente quando aplicável. O Article 81 do mesmo Tratado é citado no guia apenas por contraste, pois diferentemente dele, o Article 82 não permite isenções por benefícios econômicos.

O Council Regulation (EC) No 1/2003 (the Modernisation Regulation) é crítico: seu Article 3º autoriza o OFT (hoje CMA) como autoridade nacional de concorrência a aplicar não apenas direito nacional, mas também o Article 82 comunitário, criando a base legal para análise simultânea sob ambas as disposições. Esse regulamento descentraliza o enforcement europeu, dando poder às autoridades nacionais.

O Enterprise Act 2002 é mencionado em relação a disposições sobre fusões (que podem estar excluídas da análise de abuso) e investigações de mercado (ferramentas alternativas ao enforcement de abuso unilateral). O EC Merger Regulation é citado para excluir da Chapter II prohibition condutas que constituem concentração com dimensão comunitária, evitando análise duplicada.

A hierarquia é: EC Treaty (Article 82) → Regulation 1/2003 (descentraliza enforcement) → Competition Act 1998 (Chapter II Prohibition) → OFT 402 Guideline (interpretação e aplicação). O guia é subordinado à legislação, mas vinculante para o OFT (hoje CMA) em sua aplicação.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

3.2 Japão

A base legal relevante no Japão não é unitária e varia conforme o guia e a categoria de conduta analisada.

No caso das condutas de monopolização privada exclusionária, o fundamento central está nos arts. 2(5) e 3 do Antimonopoly Act (AMA), complementados pelos arts. 7 e 7-9(2) quanto às medidas corretivas e sanções pecuniárias.

Já os guias sobre abuso de posição superior de barganha se apoiam principalmente no art. 2(9)(v) e no art. 19 do Antimonopoly Act (AMA), no âmbito das práticas comerciais desleais (unfair trade practices).

O guia sobre vendas a preços injustamente baixos se funda no art. 2(9)(iii) e no Parágrafo (6) da Designação de Práticas Comerciais Desleais (Designation of Unfair Trade Practices).

O guia sobre práticas comerciais desleais específicas por parte de grandes varejistas no âmbito das relações comerciais com fornecedores decorre da Fair Trade Commission Notification No. 11 of 2005, que estabelece uma designação especial para práticas desleais específicas de grandes varejistas em relações com fornecedores.

O guia relativo às atividades das associações comerciais tem como eixo os arts. 8, 8-2, 8-3 e 22 do Antimonopoly Act (AMA).

Por fim, as Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act se apoiam, em especial, na disciplina das unfair trade practices sob o Antimonopoly Act (AMA), inclusive no art. 19 e nas designações gerais aplicáveis a restrições verticais, como o Parágrafo 12 da Designação de Práticas Comerciais Desleais (Designation of Unfair Trade Practices) para manutenção de preço de revenda (Resale Price Maintenance – RPM).

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

3.3 Estados Unidos

A base legal para a elaboração do relatório foi o Sherman Antitrust Act de 1890, amplamente reconhecido como o marco fundador do direito antitruste norte-americano. Promulgado com o objetivo de preservar a livre concorrência e coibir restrições indevidas ao comércio interestadual e internacional, o Sherman Act estabelece, em sua Seção 1, a proibição de acordos, combinações ou conspirações que restrinjam a concorrência, enquanto a Seção 2 disciplina as condutas relacionadas à monopolização.

A Seção 2 do Sherman Act dispõe que constitui infração a monopolização, a tentativa de monopolização e a conspiração para monopolizar qualquer parcela do comércio interestadual ou internacional: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony”¹².

¹² Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/2>>.

É interessante notar que o legislador optou por utilizar o verbo “to monopolize” (“monopolizar”), em vez do substantivo “monopoly” (“monopólio”), na redação da Seção 2. Essa distinção evidencia que o foco do dispositivo não recai sobre a mera estrutura de mercado ou sobre a existência de uma posição monopolística, mas sobre a conduta do agente econômico. Em outras palavras, a norma busca coibir o processo de monopolização por meio de práticas exclusionárias ou anticompetitivas.¹³

Embora o texto legal seja relativamente conciso, sua aplicação foi desenvolvida pela jurisprudência, tornando-se o principal instrumento para o tratamento de condutas unilaterais (single-firm conduct) e de situações envolvendo abuso de poder dominante. Diferentemente da Seção 1, que requer a coordenação entre agentes econômicos independentes, a Seção 2 concentra-se nas estratégias adotadas por um único agente para ampliar ou sustentar poder de mercado de forma anticompetitiva.

A interpretação consolidada pelos tribunais norte-americanos distingue a obtenção legítima de poder de mercado, resultante de eficiência, inovação ou superioridade empresarial (a chamada ‘competition on the merits’), da monopolização ilícita. Nesse sentido, a mera posse de poder monopolístico não é considerada ilegal. A responsabilização sob a Seção 2 exige, em regra, a demonstração de dois elementos: a existência de poder monopolístico em um determinado mercado relevante e a adoção deliberada de condutas exclusionárias destinadas à ampliação ou manutenção desse poder. O cerne da análise recai, portanto, não sobre a dimensão econômica da parte, mas sobre os meios empregados para preservar ou reforçar sua posição dominante.

A Seção 2 passou a abranger uma ampla variedade de práticas exclusionária como preços predatórios (predatory pricing), vendas casadas (tying), descontos condicionados ou de fidelidade (loyalty rebates), recusas de contratar (refusal to deal), acordos de exclusividade (exclusive dealing) e outras estratégias capazes de elevar barreiras à entrada, restringir a atuação de concorrentes ou reduzir a rivalidade no mercado. A análise dessas condutas frequentemente requer a definição do mercado relevante, a avaliação do grau de poder de mercado da empresa investigada e a demonstração de efeitos anticompetitivos concretos ou potenciais.

Integrante responsável: Mariana Trotta

3.4 Austrália

A principal base legal do regime australiano de abuso de poder econômico é a Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”), que disciplina o chamado misuse of market power.

¹³ Segundo Areeda: “At this point in time, courts and commentators are in an uncommon accord that monopolization entails something more than monopoly. Monopolization requires undesirable exclusionary conduct.” AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Antitrust analysis: problems, text, and cases*. 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

A redação atualmente vigente da Seção 46, incorporada após a reforma legislativa de 2017, proíbe que uma empresa com “substantial degree of market power” adote conduta que tenha o propósito, efeito ou provável efeito (“purpose, effect or likely effect”) de produzir substantial lessening of competition em mercado relevante (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295)¹⁴

Além da Seção 46, outros dispositivos do CCA são relevantes para as análises deste documento, incluindo: Seção 4E (definição de mercado); Seção 4G (interpretação de “lessening competition”, incluindo impedir ou dificultar a concorrência); Seção 47 (disciplina de exclusive dealing); e disposições relativas à authorisation, que permitem imunidade concorrencial em determinadas hipóteses.

Integrante responsável: Julio Campos

3.5 México

*Os documentos mexicanos têm como base principal a Ley Federal de Competencia Económica (“**LFCE**”), especialmente os dispositivos sobre práticas monopolísticas relativas, mercado relevante, poder substancial, eficiências, investigação e procedimento sancionador. O documento **Prácticas Monopólicas Relativas** remete aos dispositivos da **LFCE** sobre práticas monopolísticas relativas, mercado relevante, poder substancial e procedimento sancionador, em especial aos arts. 10 a 13 da lei então vigente. (CFC, 2018, p. 6)*

*A **Guía para Tramitar el Procedimiento de Investigación por Prácticas Monopólicas Relativas o Concentraciones Ilícitas** tem como referência a Constituição mexicana, a **LFCE**, as Disposiciones Regulatorias, o Estatuto Orgánico da **COFECE** e critérios judiciais aplicáveis. (COFECE, 2020a, p. 2)*

*Por sua vez, a **Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas** também se baseia na **LFCE**, nas Disposiciones Regulatorias e no Estatuto Orgánico da **COFECE**, além de critérios e resoluções da **COFECE** e determinações do Poder Judicial de la Federación. (COFECE, 2020b, p. 4)*

*Para fins de esclarecimento e completude, destaca-se que a **LFCE** sofreu alterações posteriores aos documentos analisados, incluindo reforma publicada em 20 de maio de 2021 e reforma institucional publicada em 16 de julho de 2025, esta última relacionada à transição da **COFECE** para a **CNA**. As respostas abaixo, contudo, refletem estritamente o conteúdo dos documentos analisados.*

Integrante responsável: Vítor Fuks

¹⁴ O modelo australiano passou a adotar enfoque predominantemente effects-based, abandonando o antigo requisito de “taking advantage of market power” existente antes da reforma de 2017 (ACCC, 2018, p. 2; AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295).

3.6 União Europeia

A base legal principal é o Artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que proíbe o abuso de posição dominante no mercado interno ou em parte substancial deste, na medida em que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros.

O guia também faz referência ao Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, que permite a aplicação descentralizada das regras de concorrência, e à extensa jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e do Tribunal Geral.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

3.7 Chile

São dois marcos legais principais:

1. Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211), com emendas: Legislação primária (lei com força de decreto). É a norma fundamental de defesa da concorrência no Chile, com natureza cogente e vinculante. Estabelece as proibições substantivas (Art. 3º), a estrutura institucional (FNE e TDLC), o regime sancionatório (Art. 26) e o controle de concentrações (Título IV). Suas principais reformas foram introduzidas pelas Leis N° 19.911/2003 (criação do TDLC), N° 20.361/2009 (ampliação de poderes investigativos) e N° 20.945/2016 (controle obrigatório de fusões, criminalização de cartéis e interlocking).¹⁵

O Artigo 1º declara que o objetivo da lei é “promover e defender a livre concorrência nos mercados”. O Artigo 4º complementa esse marco geral ao estabelecer que não podem ser outorgados monopólios para o exercício de atividades econômicas, salvo quando uma lei o autorize expressamente, reforçando o caráter excepcional de qualquer posição de exclusividade legalmente concedida. O Artigo 3º estabelece a proibição geral: será sancionado quem execute ou celebre, individual ou coletivamente, qualquer ato, fato ou convenção que impeça, restrinja ou entorpeça a concorrência, ou que tenda a produzir tais efeitos.

O Artigo 3º contém uma lista não taxativa de condutas ilícitas: (a) acordos ou práticas concertadas entre concorrentes (fixação de preços, limitação de produção, alocação de mercados, manipulação de licitações); (b) exploração abusiva de posição dominante, incluindo fixação de preços de compra ou venda, vendas casadas, alocação de zonas ou cotas, ou outras formas similares de abuso; (c) práticas predatórias ou de concorrência desleal para obter, manter ou aumentar posição dominante; e (d) participação simultânea de um indivíduo como executivo ou diretor em duas ou mais empresas concorrentes (interlocking), introduzida pela Lei N° 20.945/2016.

2. Lei N° 21.595 de 2023 (Lei de Crimes Econômicos): Legislação primária cogente. Amplia

¹⁵ Fonte: DL 211, texto refundido, Arts. 1º–3º bis, 26 e 39; versão em inglês: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/09/DL_211_English.pdf

*a responsabilidade penal de pessoas jurídicas por condutas anticompetitivas. Entrou em vigor em setembro de 2024.*¹⁶

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

3.8 Conclusões preliminares sobre a base legal de referência

Todas as jurisdições analisadas possuem base legal dedicada à repressão de condutas unilaterais abusivas praticadas por empresas com poder de mercado ou posição dominante. Em cada caso, a legislação primária estabelece uma proibição geral de abuso, seja sob a rubrica de monopolização (EUA, Seção 2 do Sherman Act), abuso de posição dominante (Reino Unido, UE, Chile) ou misuse of market power (Austrália), complementada por instrumentos infralegais ou regulamentares que conferem densidade normativa aos conceitos abertos da lei. Os guias analisados apresentam-se como camada interpretativa subordinada à legislação e à jurisprudência, buscando esclarecer os critérios de aplicação das normas primárias.

As distinções principais residem na estrutura e complexidade do arcabouço normativo. O Japão apresenta o sistema mais fragmentado, com múltiplos dispositivos do Antimonopoly Act e designações específicas aplicáveis a diferentes categorias de conduta (monopolização privada, práticas comerciais desleais, abuso de posição superior de barganha). A UE opera em regime multinível, com o Artigo 102 do TFUE complementado pelo Regulamento 1/2003 e pela extensa jurisprudência dos tribunais europeus. O Reino Unido combina legislação nacional (Competition Act 1998) com obrigação de consistência com o direito comunitário europeu (à época). Os EUA apoiam-se em legislação centenária (Sherman Act de 1890) cuja interpretação é amplamente jurisprudencial. México possui arcabouço detalhado na LFCE, incluindo reforma constitucional e disposições regulatórias complementares. Austrália concentra-se na Seção 46 do CCA, reformada em 2017 para adotar teste baseado em efeitos. O Chile fundamenta-se no DL 211, complementado por reformas legislativas posteriores (2003, 2009, 2016 e 2023), com cláusula geral ampla e lista não taxativa de condutas.

A comparação sugere uma relação inversa entre a densidade da legislação primária e a função do guia. Onde a lei é fragmentada e casuística, como no Japão, o guia cumpre papel predominantemente consolidador, reunindo dispositivos dispersos em um roteiro único. Onde a lei se estrutura em cláusula geral aberta, como no Reino Unido, na União Europeia e no Chile, o guia assume função eminentemente interpretativa, dando densidade a conceitos que a lei deixou indeterminados. O Brasil aproxima-se do segundo modelo, já que o art. 36 da Lei 12.529/2011 combina cláusula geral de efeitos com rol exemplificativo de condutas, de modo que o guia brasileiro tenderia a operar sobretudo como camada interpretativa.

Integrante responsável: Amanda Athayde

¹⁶ Fonte: Lei N° 21.595, Diário Oficial, 17/08/2023 <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/merger-control-2025/chile>.

4. ESCOPO MATERIAL

4.1 Reino Unido

O documento estabelece o marco regulatório para identificação, análise e enforcement do abuso de posição dominante, abrangendo condutas exploratórias e exclusionárias, com previsão de defesas por justificativa objetiva.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

4.2 Japão

Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act): Guia de caráter orientativo com o objetivo de garantir maior transparência na aplicação da lei e aumentar a previsibilidade para os empresários, esclarecendo, na medida do possível, os requisitos para a caracterização da monopolização privada excludente. Trata de condutas exclusionárias aptas a produzir restrição substancial da concorrência em um campo particular de comércio, incluindo preço predatório (*below-cost pricing*), acordos de exclusividade (*exclusive dealing*), venda casada (*tying*), recusa de fornecer (*refusal to supply*) e tratamento discriminatório (*discriminatory treatment*).

Guia Relativo ao Abuso de Posição Superior de Barganha nos Termos do Antimonopoly Act (Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Position under the Antimonopoly Act): Guia de caráter orientativo com o objetivo de aumentar a transparência na aplicação da lei e a previsibilidade para os empresários. Trata de condutas desvantajosas impostas em transações regulares por uma parte que detém posição superior de barganha em relação à contraparte.

Guia Relativo à Identificação de Práticas Comerciais Desleais Específicas por Parte de Grandes Varejistas no Âmbito das Relações Comerciais com Fornecedores (Guidelines Concerning Designation of Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers Relating to Trade with Suppliers): Guia que trata das práticas comerciais desleais específicas de grandes varejistas em relações com fornecedores.

Guia Relativo às Vendas a Preços Injustamente Baixos nos Termos da Antimonopoly Act (Guidelines concerning unjust low price sales under the Antimonopoly Act): Guia de caráter orientativo que indica os aspectos a serem levados em consideração ao aplicar as disposições relativas a vendas a preços excessivamente abaixo dos custos previstas no Antimonopoly Act.

Guia Relativo ao Abuso de Posição Superior de Barganha em Transações entre Operadores de Plataformas Digitais e Consumidores que Fornecem Dados Pessoais (Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position in Transactions between Digital Platform Operators and Consumers that Provide Personal Information, etc): Guia orientativo para descrever que tipos de condutas relacionadas à aquisição de informações pessoais, etc., ou ao uso de informações pessoais adquiridas, etc., em uma plataforma digital de um operador de plataforma digital serão consideradas questões relativas ao abuso de posição superior de barganha, tendo em vista a transparência na aplicação do Antimonopoly Act e o aumento da previsibilidade para os operadores de plataformas digitais.

Guia Relativo às Atividades das Associações Comerciais nos Termos do Antimonopoly Act (Guidelines concerning the activities of trade associations Under the Antimonopoly Act): Guia que descreve exemplos específicos das atividades das associações comerciais com o objetivo de facilitar uma melhor compreensão dos tipos de atividades das associações comerciais que podem suscitar problemas à luz da Antimonopoly Act, por restringir ou impedir a concorrência.

Guia sobre Sistemas de Distribuição e Práticas Comerciais nos termos do Antimonopoly Act (Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act): Guia orientativo sobre como a JFTC aplica o Antimonopoly Act a sistemas de distribuição e práticas comerciais, com foco em restrições verticais impostas por fornecedores a distribuidores. Ele cobre, em especial, RPM (resale price maintenance), restrições territoriais, restrições aos parceiros comerciais dos distribuidores, distribuição seletiva, restrições a métodos de venda, rebates/allowances, seleção de parceiros comerciais, alocação/divisão de clientes, boicotes, recusa de contratar, distribuidores exclusivos.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

4.3 Estados Unidos

O escopo material do documento concentrou-se na interpretação e aplicação da Seção 2 do Sherman Act às condutas unilaterais (single-firm conduct) praticadas por empresas detentoras de poder de mercado ou suscetíveis de adquiri-lo, além das hipóteses de monopolização, tentativa de monopolização e manutenção ilícita de poder monopolístico por meio de estratégias exclusionárias. Nesse sentido, o documento buscou estabelecer parâmetros para distinguir comportamentos competitivos legítimos daqueles capazes de restringir a concorrência e excluir rivais.

Materialmente, o documento examinou tanto os elementos estruturais necessários para a configuração de uma infração à Seção 2 quanto categorias específicas de condutas potencialmente exclusionárias. Inicialmente, dedica-se à definição e identificação do poder monopolístico, abordando temas como mercado relevante, participação de mercado, barreiras à entrada e manutenção do

poder de mercado. Em seguida, analisa os critérios gerais para caracterização de condutas exclusionárias, discutindo diferentes testes jurídicos e econômicos empregados pela jurisprudência e pela literatura especializada, incluindo testes de efeitos concorrenciais, critérios de sacrifício de lucros (profit-sacrifice tests) e o teste do concorrente igualmente eficiente (equally efficient competitor test).

O documento também examinou práticas tradicionalmente associadas ao exercício de abuso de poder dominante, como preços predatórios (predatory pricing), lances predatórios (predatory bidding), vendas casadas (tying), descontos condicionados e programas de fidelidade (bundled discounts e loyalty discounts), recusas unilaterais de contratar (refusal to deal) e acordos de exclusividade (exclusive dealing). O relatório também dedicou um capítulo aos remédios aplicáveis em casos de monopolização, incluindo medidas comportamentais e estruturais. Por fim, dedicou-se aos desafios decorrentes da aplicação extraterritorial e da crescente internacionalização das políticas de concorrência voltadas ao controle de condutas unilaterais.

Dessa forma, o documento possuiu um escopo material abrangente, voltado à sistematização dos principais problemas jurídicos e econômicos relacionados à aplicação da Seção 2 do Sherman Act, com especial atenção à identificação de práticas exclusionárias e aos limites da intervenção antitruste sobre empresas detentoras de elevado poder de mercado.

Ressalta-se que, embora tenha representado uma tentativa de consolidação da interpretação da Seção 2 pelo DOJ, o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

4.4 Austrália

O escopo material da Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 abrange condutas praticadas por empresas que detenham “substantial degree of market power” e que tenham propósito, efeito ou provável efeito de “substantially lessen competition” em mercado relevante (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295).

O guia da ACCC é enfático ao definir que o foco da legislação não é proteger concorrentes individualmente considerados, mas preservar o “competitive process” e evitar práticas exclusionárias capazes de restringir a rivalidade e dificultar a competição efetiva entre os agentes (ACCC, 2018, p. 3).

As Guidelines elencam diversas categorias de condutas que, na experiência de autoridades e tribunais, apresentam maior potencial de contravenção à Seção 46, incluindo: “refusal to deal”;

restrição de acesso a insumos essenciais; “predatory pricing”; “loyalty rebates”; “margin/price squeeze”; e “tying and bundling” (ACCC, 2018, p. 8).

O guia também destaca que a legislação não proíbe a aquisição legítima de poder de mercado, a competição agressiva baseada em mérito, a redução eficiente de custos, a inovação e as respostas competitivas legítimas ao comportamento de rivais (ACCC, 2018, p. 3 e p. 15).

Integrante responsável: Julio Campos

4.5 México

*O documento **Prácticas Monopólicas Relativas** trata especificamente das práticas monopólicas relativas ou condutas unilaterais, isto é, condutas de empresas com poder substancial voltadas a deslocar concorrentes, impedir acesso ao mercado ou estabelecer vantagens exclusivas. (CFC, 2018, p. 3)*

*A **Guía para Tramitar el Procedimiento de Investigación por Prácticas Monopólicas Relativas o Concentraciones Ilícitas** tem escopo voltado ao procedimento de investigação de práticas monopólicas relativas e concentrações ilícitas, incluindo conceito, natureza, etapas da investigação e dispensa/redução de multas. (COFECE, 2020a, p. 3)*

*A **Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas** trata do início de investigações por práticas monopólicas absolutas, práticas monopólicas relativas e concentrações ilícitas, com foco em causa objetiva, indícios e mecanismos de abertura de investigação. (COFECE, 2020b, p. 3)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

4.6 União Europeia

O EU Draft Guidelines trata exclusivamente de abusos exclusionários, ou seja, condutas de empresas dominantes que impedem ou restringem a concorrência efetiva ao excluir ou marginalizar concorrentes atuais ou potenciais, não abrangendo abusos exploratórios, embora as seções sobre dominância (seção 2) e justificações (seção 5) sejam relevantes para ambos os tipos. O documento abrange as seguintes condutas: acordos de exclusividade, vendas casadas e agrupadas, recusa de fornecimento, preços predatórios, compressão de margens, descontos condicionais, descontos multi-produto, autofavorecimento e restrições de acesso. A lista de práticas do Artigo 102 do TFUE não é exaustiva, podendo abranger outras formas de abuso exclusionário.

O EU 2023 Policy Brief é limitado à aplicação do artigo 102.º do TFUE a condutas exclusionárias e não aborda abusos exploratórios. O EU 2023 Policy Brief aborda cinco temas específicos no âmbito das condutas exclusionárias: o conceito de exclusão anticoncorrencial, o padrão do con-

corrente igualmente eficiente em abusos de preço, o teste preço-custo por tipo de conduta, a recusa construtiva e as condições de acesso injustas, além da compressão de margens.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

4.7 Chile

O DL 211 possui escopo material amplo: o Artigo 3º proíbe qualquer conduta que impeça, restrinja ou entorpeça a concorrência em qualquer mercado ou setor econômico, abrangendo tanto condutas horizontais (cartéis) quanto unilaterais (abuso de posição dominante) e práticas de concorrência desleal. Não há exceções setoriais — reguladores setoriais (telecomunicações, energia, serviços financeiros, água) têm deveres de promover princípios concorrenciais em seus setores, mas a competência para investigar e sancionar infrações concorrenciais é exclusiva da FNE e do TDLC.

O Guia de Restricciones Verticales (2014), principal guia de referência para este benchmark, aborda especificamente as restrições verticais, ou seja, acordos entre agentes econômicos situados em diferentes níveis da cadeia produtiva ou distributiva. O escopo material do guia inclui: fixação de preços de revenda (RPM), restrições territoriais e de clientes, distribuição exclusiva, distribuição seletiva, venda casada, acordos de exclusividade e cláusulas de nação mais favorecida (MFN). O guia distingue entre riscos à competição intra-marca (dentro da mesma estrutura vertical) e riscos à competição inter-marca (entre estruturas verticais rivais).

Além das restrições verticais, o escopo material do DL 211 abrange todas as formas de abuso de posição dominante, incluindo condutas exclusionárias (preços predatórios, recusa de contratar, margin squeeze, descontos fidelidade) e condutas exploratórias (preços excessivos, discriminação), bem como práticas em mercados digitais. A legislação considera não apenas objetivos de preço, mas também concorrência por outros fatores que não o preço (qualidade, inovação, privacidade), particularmente relevantes no contexto de plataformas digitais, conforme as Diretrizes de Concentrações Horizontais (2021).¹⁷

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

4.8 Conclusões preliminares sobre o escopo material

Há convergência entre as jurisdições quanto ao núcleo do escopo material: todas tratam de condutas unilaterais de empresas com poder de mercado ou posição dominante capazes de restringir a concorrência, com ênfase em práticas exclusionárias como preços predatórios, acordos de exclusividade, vendas casadas, recusa de contratar e descontos condicionais. Em todas as jurisdições, o foco declarado é a proteção do processo competitivo e do bem-estar dos consumidores, não a proteção de

¹⁷ Fonte: FNE, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*, 2021; <https://www.fne.gob.cl>

concorrentes individuais. Além disso, é consensual que a mera detenção de poder de mercado não é ilícita; o que se reprime é seu exercício abusivo.

As diferenças manifestam-se na amplitude e na especialização dos documentos. A UE e os EUA dedicam-se exclusivamente a abusos exclusionários, excluindo condutas exploratórias (preços excessivos) do escopo dos respectivos guias. O Reino Unido abrange tanto condutas exclusionárias quanto exploratórias. O Japão destaca-se pela cobertura setorial fragmentada, incluindo guias específicos sobre grandes varejistas, plataformas digitais e associações comerciais. O Chile limita seu guia principal a restrições verticais, remetendo as demais condutas à cláusula geral do DL 211. A Austrália elenca tipologias prioritárias, mas reconhece expressamente a impossibilidade de exaurir as hipóteses de incidência da norma. O México possui escopo procedimental significativo, cobrindo não apenas a tipologia de condutas, mas também os trâmites de investigação e início de procedimentos. Nota-se, ainda, que apenas UE, Japão e Austrália já incorporam em seus guias tratamento explícito de condutas em mercados digitais (autofavorecimento, restrições de acesso), enquanto as demais jurisdições aplicam instrumentos gerais.

A definição do escopo material envolve uma escolha que as jurisdições resolveram de maneira distinta e que merece atenção específica no caso brasileiro: a inclusão ou não das condutas exploratórias. União Europeia e Estados Unidos limitam seus documentos aos abusos exclusionários, deixando os preços excessivos fora do escopo; Reino Unido e Chile abrangem ambas as categorias.

Integrante responsável: Amanda Athayde

BLOCO II. FRAMEWORK SUBSTANTIVO

5. DEFINIÇÃO DE DOMINÂNCIA / PODER DE MERCADO

5.1 Reino Unido

O guia adota a definição do Tribunal Europeu, caracterizando a posição dominante quando uma empresa possui força econômica suficiente para reduzir de forma relevante a pressão competitiva no mercado. Em outras palavras, trata-se de uma situação em que a empresa consegue atuar com relativa independência em relação a concorrentes, clientes e consumidores. Para que isso ocorra, é necessário que ela detenha poder de mercado substancial.

Esse poder de mercado se manifesta quando as pressões competitivas não são fortes o bastante para limitar a atuação da empresa. Nesses casos, ela pode, por exemplo, manter preços acima do nível competitivo de maneira lucrativa, restringir produção ou qualidade, dificultar a atuação de concorrentes, elevar barreiras à entrada de novos agentes ou até retardar processos de inovação.

Para determinar se uma empresa possui posição dominante, o OFT (hoje CMA) examina principalmente o grau de restrição competitiva enfrentado pela empresa. A participação de mercado (market share) é um dos fatores relevantes: em geral, participações persistentes superiores a 50% podem presumir dominância, enquanto percentuais inferiores a 40% normalmente afastam essa conclusão, embora não exista regra absoluta.

Além do market share, o guia considera outros elementos importantes, como a possibilidade de entrada de novos concorrentes, a existência de barreiras à entrada, o poder de negociação de grandes compradores e, em mercados regulados, a influência de controles governamentais sobre preços e condições de oferta. O documento também remete ao guia OFT (hoje CMA) 415 (Assessment of Market Power) para um exame mais aprofundado desses critérios, ressaltando que a caracterização de posição dominante depende sempre das circunstâncias concretas de cada caso.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

5.2 Japão

No Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusionária (Guidelines for Exclusionary)

nary Private Monopolization under the Antimonopoly Act), a JFTC indica que costuma priorizar casos em que a empresa detenha, após o início da conduta, participação de mercado de aproximadamente 50% ou mais e a conduta apresente potencial de impacto relevante sobre o bem-estar dos consumidores. A autoridade realiza, então, uma análise abrangente das circunstâncias de cada caso, levando em conta, entre outros elementos, o tamanho do mercado, o alcance das atividades empresariais e as características do produto em questão.

No entanto, esse parâmetro é apenas indicativo de priorização investigativa, e não um requisito legal rígido. A ausência desses parâmetros não afasta, por si só, a possibilidade de enquadramento da conduta como monopolização privada excludente. A depender da natureza da prática, das condições concorrenciais do mercado e da posição relativa dos concorrentes, a JFTC pode entender presente o potencial de restrição substancial da concorrência mesmo em cenários de menor participação de mercado.

Por fim, ainda que, ao término da investigação, se conclua pela inaplicabilidade da qualificação de monopolização privada excludente, a conduta pode, ainda, ser considerada ilícita sob outras perspectivas, como prática comercial desleal ou como violação a outros dispositivos do Antimonopoly Act.

Não foi encontrada definição de dominância/poder de mercado nos demais guias analisados.

Contudo, importa esclarecer que, nos guias sobre abuso de posição superior de barganha (Abuse of Superior Bargaining Position), o conceito relevante não é dominância no mercado, mas justamente a referida posição. Ela é entendida como uma posição relativamente superior da parte em relação à contraparte, aferida por fatores como grau de dependência, posição de mercado, possibilidade de substituição do parceiro comercial e outros fatos concretos, como (i) o montante/volume das transações; (ii) o potencial de crescimento futuro; (iii) a importância, para a contraparte, de comercializar/manusear os bens ou serviços objeto da transação; (iv) o ganho de credibilidade/confiança decorrente de manter relações; e (v) a diferença de porte empresarial. Especificamente no guia sobre plataformas digitais, essa posição superior é apreciada à luz da necessidade de uso do serviço pelo consumidor, da inexistência de alternativas equivalentes, da dificuldade prática de substituição (switching) e da capacidade da plataforma de controlar termos da transação.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

5.3 Estados Unidos

*No relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**, o DOJ distingue claramente os conceitos de poder de mercado (market power) e poder monopolístico (monopoly power). O poder de mercado é definido como **a capacidade de uma empresa exercer algum grau de controle sobre os preços que pratica, permitindo-lhe cobrar valores acima***

*daqueles que prevaleceriam em um mercado plenamente competitivo.*¹⁸ O relatório reconhece que algum grau de poder de mercado é comum em economias modernas, uma vez que diferenciações de produto, reputação, localização ou preferências dos consumidores frequentemente conferem às empresas certa discricionariedade na fixação de preços. Por essa razão, a mera existência de poder de mercado não justifica, por si só, a intervenção antitruste.

O poder monopolístico, por sua vez, é compreendido como um grau substancial e duradouro de poder de mercado, caracterizado pela capacidade de controlar preços ou excluir concorrentes de forma sustentável. Segundo o relatório, a configuração desse poder exige não apenas elevada participação de mercado, mas também a existência de barreiras à entrada ou à expansão de rivais que permitam à empresa manter esse poder ao longo do tempo.¹⁹ Em consonância com a jurisprudência norte-americana, o DOJ ressalta que participações de mercado superiores a 50% são, na prática, condição necessária para a constatação de poder monopolístico, enquanto participações superiores a dois terços do mercado, mantidas por período significativo e protegidas por barreiras à entrada, podem gerar uma presunção relativa de sua existência.²⁰

Quanto à monopolização, o relatório adota a concepção tradicional desenvolvida pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo a qual a infração exige a combinação de dois elementos: (i) a posse de poder monopolístico em um mercado relevante e (ii) a aquisição, manutenção ou ampliação desse poder por meio de condutas excludentes ou anticompetitivas. O documento enfatiza que a Seção 2 não pune a mera existência de um monopólio, quando este resulta de mérito competitivo, inovação, eficiência ou superioridade empresarial. A intervenção antitruste somente se justifica quando o poder monopolístico é obtido ou preservado mediante práticas exclusionárias ou que restringem artificialmente o processo competitivo.

Por fim, o relatório destaca que a identificação do poder monopolístico deve ser realizada, preferencialmente, por meio da definição do mercado relevante, da análise das participações de mercado

¹⁸ Cita-se “The Supreme Court has defined market power as “the ability to raise prices above those that would be charged in a competitive market,”(8) and monopoly power as “the power to control prices or exclude competition.”(9) The Supreme Court has held that “[m]onopoly power under § 2 requires, of course, something greater than market power under § 1.”(10) Precisely where market power becomes so great as to constitute what the law deems to be monopoly power is largely a matter of degree rather than one of kind.” Disponível em <<https://www.justice.gov/archives/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-2>>. Acesso em 29 de maio de 2026.

¹⁹ Cita-se “Monopoly power is conventionally demonstrated by showing that both (1) the firm has (or in the case of attempted monopolization, has a dangerous probability of attaining) a high share of a relevant market and (2) there are entry barriers--perhaps ones created by the firm’s conduct itself--that permit the firm to exercise substantial market power for an appreciable period. Unless these conditions are met, defendant is unlikely to have either the incentive or ability to exclude competition.” Idem.

²⁰ Cita-se “As a practical matter, a market share of greater than fifty percent has been necessary for courts to find the existence of monopoly power. If a firm has maintained a market share in excess of two-thirds for a significant period and the firm’s market share is unlikely to be eroded in the near future, the Department believes that such facts ordinarily should establish a rebuttable presumption that the firm possesses monopoly power.” Idem.

e da avaliação das condições de entrada e expansão dos concorrentes. Embora admita a utilização complementar de evidências diretas de efeitos anticompetitivos, o DOJ considera que a definição do mercado relevante continua sendo um elemento central para a aplicação da Seção 2 do Sherman Act.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

5.4 Austrália

O regime australiano utiliza o conceito de “substantial degree of market power” como requisito central para aplicação da Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295), afastando-se de concepções mais estruturais de posição dominante.

Segundo as Guidelines da ACCC, market power decorre da ausência de restrições concorrenciais efetivas, permitindo que a empresa atue com relativa independência em relação a concorrentes, clientes e fornecedores. A manifestação mais observável desse poder seria a capacidade de sustentar preços acima do nível competitivo de forma lucrativa (ACCC, 2018, p. 6).

A ACCC esclarece expressamente que não existe threshold fixo de market share para caracterização de substantial market power (ACCC, 2018, p. 6). A análise é contextual e considera diversos fatores, incluindo: concentração de mercado (número e distribuição de tamanho dos vendedores independentes); barreiras à entrada; diferenciação de produtos; relações verticais; e acordos estruturais entre empresas que restrinjam sua capacidade de atuação independente (ACCC, 2018, p. 6).

O guia também ressalta que mais de uma empresa pode possuir substantial market power no mesmo mercado, que o market power não exige controle absoluto do mercado e que a força financeira, isoladamente, não é suficiente para caracterizar poder de mercado (ACCC, 2018, p. 6; AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295–296).

Em sendo assim, o conceito australiano de substantial market power está associado à capacidade de uma empresa atuar com relativa liberdade em relação às restrições concorrenciais existentes no mercado. A capacidade de sustentar preços supracompetitivos de forma lucrativa constitui importante indicativo de market power, mas a análise adotada pela ACCC não se restringe a esse elemento. Trata-se de análise contextual e multidimensional, que considera fatores estruturais e comportamentais do mercado, sem adoção de thresholds rígidos de participação de mercado.

Integrante responsável: Julio Campos

5.5 México

Os documentos mexicanos adotam o conceito de poder substancial no mercado relevante como requisito para a caracterização de práticas monopólicas relativas. Em termos gerais, o poder substancial é associado à capacidade de impor preços ou restringir a oferta, especialmente quando há barreiras à entrada, saída ou expansão de concorrentes. (CFC, 2018, p. 4)

Nos guias da COFECE, a análise segue a mesma lógica: a conduta só pode configurar prática monopólica relativa se praticada por um ou mais agentes econômicos que detenham poder substancial, individual ou conjunto, no mercado relevante em que a prática ocorre. Além disso, o guia de início de investigações esclarece que, para a abertura de investigação, basta haver indícios de que o agente “pudiera tener poder sustancial”. (COFECE, 2020a, p. 5-6; COFECE, 2020b, p. 10)

*O **Guía para Tramitar el Procedimiento de Investigación por Prácticas Monopólicas Relativas o Concentraciones Ilícitas** menciona expressamente que os elementos para determinar poder substancial conjunto constam dos arts. 59 da LFCE e 8 e 9 das Disposiciones Regulatorias. (COFECE, 2020a, p. 4)*

O art. 59 da LFCE (caput alterado, incisos VII a IX e Artículo 59bis adicionados em reforma da LFCE de 2025) dispõe que:

Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial o poder sustancial conjunto en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

IV. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Vetado

VII. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante;

VIII. La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación, y

IX. La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.

Artículo 59 Bis. Para determinar si dos o más Agentes Económicos independientes entre sí tienen poder sustancial conjunto, la Comisión debe considerar, adicionalmente a lo señalado en el artículo anterior, lo siguiente:

I. Si los Agentes Económicos de que se trate se distinguen del resto de los Agentes Económicos que participan en el mercado relevante, tomando en cuenta los factores que propicien incentivos comunes o comportamiento estratégico interdependiente, o

II. Que dichos Agentes Económicos muestren un comportamiento similar.

Os arts. 8 e 9 das Disposiciones Regulatorias dispõe:

ARTÍCULO 8. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con la fracción VI del artículo 59 de la Ley, la Comisión puede considerar, entre otros, los criterios siguientes:

I. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante;

II. La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación; y

III. La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.

ARTÍCULO 9. Para determinar si dos o más Agentes Económicos independientes entre sí tienen poder sustancial conjunto, en términos del artículo 59, fracción VI de la Ley, la Comisión debe considerar

I. Si los Agentes Económicos de que se trate se distinguen del resto de los Agentes Económicos que participan en el mercado relevante, tomando en cuenta los factores que propicien incentivos comunes o comportamiento estratégico interdependiente; o

II. Que dichos Agentes Económicos muestren un comportamiento similar.

Assim, destaca-se que não há parâmetros estritamente objetivos para aferição de poder substancial.

Integrante responsável: Vítor Fuks

5.6 União Europeia

Segundo o EU Draft Guidelines, posição dominante é definida como uma posição de força econômica que permite a uma empresa impedir a manutenção de uma concorrência efetiva, conferindo-lhe o poder de se comportar em medida apreciável de forma independente dos seus concorrentes, clientes e consumidores. Quanto aos limiares de participação de mercado, participações de 50% ou superiores geram presunção de dominância. A dominância também foi constatada com participações entre 40% e 45%. Participações de mercado inferiores a 10% excluem a dominância, salvo circunstâncias excepcionais. A análise considera também barreiras à expansão e à entrada, como barreiras legais e regulatórias, economias de escala, efeitos de rede, custos de mudança, vantagens de dados, poder de compra compensatório e a dinâmica do mercado. Em mercados digitais, efeitos de rede e vantagens de dados podem constituir barreiras significativas.

Dentre as críticas feitas à minuta do guia, o anterior limiar de 40% das Orientações de 2009 foi eliminado e substituído por declarações abertas de que a dominância pode ser constatada abaixo de 50% e que é improvável com participações de 10% ou menos, salvo em circunstâncias excepcionais. Isso poderia efetivamente colocar todas as empresas com mais de 10% de participação de mercado em situação de incerteza jurídica. Há sugestões para a reintrodução da presunção de 40% para manter a segurança jurídica, sem afetar a capacidade da Comissão de constatar dominância abaixo desse limiar caso a caso.

Por sua vez, o EU 2023 Policy Brief foca exclusivamente na evolução da abordagem baseada em efeitos para a análise de condutas exclusionárias, não na determinação de dominância em si. O resumo menciona o conceito de posição dominante de forma incidental, por exemplo, ao referir-se à “responsabilidade especial” de empresas dominantes de não prejudicar a concorrência genuína, mas não desenvolve critérios de avaliação de dominância.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

5.7 Chile

O DL 211 não estabelece thresholds quantitativos de participação de mercado para a determinação de dominância, nem define formalmente o conceito de “posição dominante”. O Artigo 3º, alínea b) refere-se à “exploração abusiva, por um agente econômico ou grupo deles, de uma posição dominante de mercado”, sem, contudo, definir quando se configura tal posição. A determinação é

feita caso a caso pelo TDLC, seguindo a regra da razão.

A jurisprudência do TDLC e as diretrizes da FNE consideram os seguintes fatores na avaliação de dominância: (i) participação de mercado do agente e sua evolução temporal; (ii) barreiras à entrada — legais (licenças, concessões), econômicas (custos irrecuperáveis, economias de escala) e estratégicas (capacidade ociosa, efeitos de rede); (iii) poder de negociação dos compradores (contrapoder); (iv) existência, dimensão e posição dos concorrentes no mercado relevante; (v) integração vertical do agente; (vi) acesso a insumos essenciais; e (vii) regulação setorial aplicável.

O TDLC reconhece, por exemplo, a possibilidade de abuso de posição dominante coletiva, conforme demonstrado no caso SURBTC v. Bancos (2023), em que empresas de criptomoedas alegaram abuso coletivo de dominância por bancos. O TDLC reconheceu que a legislação chilena contempla a sanção de abuso coletivo de dominância, mas, na prática, exigiu comprovação de transparência no mercado que permitisse aos bancos conhecer a conduta uns dos outros e de incentivos para manter a conduta ao longo do tempo — requisitos que não foram demonstrados naquele caso.

A definição de mercado relevante segue metodologia semelhante às melhores práticas internacionais: o TDLC emprega o teste do monopolista hipotético (SSNIP) para delimitar tanto o mercado de produto quanto o mercado geográfico. Em mercados digitais, a FNE reconhece desafios adicionais, como a definição de mercados de dois lados, a relevância de preço zero e a importância de dados e efeitos de rede como fontes de poder de mercado, conforme detalhado nas Diretrizes de Concentrações Horizontais (2021). O sistema chileno não adota presunções legais per se nem tratamentos automáticos para qualquer conduta — os efeitos anticompetitivos reais ou potenciais no mercado relevante devem sempre ser demonstrados. Ainda assim, a jurisprudência do TDLC já indicou, em casos concretos, faixas de participação de mercado (da ordem de 50% a 70%) como fator relevante para a presunção de dominância, de modo que, embora não haja um threshold legal fixo, decisões do TDLC vêm conferindo densidade prática a esse conceito, em linha com o que se observa em outras jurisdições analisadas.²¹

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

5.8 Conclusões preliminares sobre a definição de dominância e poder de mercado

Todas as jurisdições definem poder de mercado ou posição dominante (com alguma diferença em termos de linguagem) como a capacidade de uma empresa atuar com relativa independência em relação a concorrentes, clientes e consumidores, particularmente quanto à fixação de preços acima do nível competitivo. A análise é, em todos os casos, multifatorial e contextual, considerando elementos como participação de mercado, barreiras à entrada, poder compensatório de compradores, grau de

²¹ Fonte: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/oecd_0010_2009.pdf

concentração e dinâmica concorrencial. Nenhuma jurisdição trata a mera posse de poder de mercado como ilícita per se, exigindo sempre a demonstração adicional de conduta abusiva.

As divergências concentram-se nos limiares quantitativos e na terminologia empregada. A UE estabelece presunção de dominância a partir de 50% de participação de mercado e exclui dominância abaixo de 10%. O Reino Unido adota presunção similar acima de 50% e considera improvável dominância abaixo de 40%. Os EUA exigem, na prática, participação superior a 50% para caracterização de poder monopolístico, com presunção relativa acima de dois terços do mercado. A Austrália expressamente recusa qualquer limiar fixo, adotando análise puramente qualitativa. O México não prevê parâmetros objetivos, e o Chile tampouco adota thresholds legais de participação. O Japão utiliza 50% como mero indicativo de priorização investigativa, não como requisito legal. Adicionalmente, o Japão distingue-se por empregar o conceito de posição superior de barganha como categoria autônoma, independente de dominância de mercado, aplicável particularmente a relações com plataformas digitais.

As jurisdições analisadas a demonstração de dominância ou poder de mercado constitui etapa autônoma e necessária da análise, logicamente anterior ao exame da conduta. O guidance da Comissão Europeia é explícito ao tratar a aferição da posição dominante e do grau de poder de mercado como o primeiro passo da aplicação da norma, e estrutura equivalente é observada nos demais guias. Quanto à variação do grau de poder exigido, três observações emergem do benchmark: (i) o standard norte-americano de monopoly power é substancialmente mais elevado que o conceito europeu de dominância (participações tipicamente superiores a 50%, com presunção relativa apenas acima de dois terços do mercado, contra a presunção europeia a partir de 50%); (ii) na União Europeia, a jurisprudência reconhece que graus particularmente elevados de dominância (a chamada superdominância) intensificam a responsabilidade especial da empresa e podem reduzir o limiar de intervenção para certas condutas; e (iii) o EU Draft Guidelines, embora não exija formalmente graus distintos de dominância por conduta, calibra o ônus probatório conforme o tipo de prática, distinguindo restrições nuas, condutas sujeitas a presunção de efeitos exclusionários e condutas que exigem demonstração integral de efeitos, o que, na prática, faz com que a intensidade da análise varie segundo a conduta investigada.

Em todas as jurisdições analisadas, as participações de mercado indicadas cumprem a primeira função: sinalizam quando a análise deve prosseguir, não quando a conduta é ilícita. Essa distinção é particularmente sensível no Brasil, onde a presunção legal de posição dominante a partir de 20% do mercado relevante tem natureza e efeitos diversos dos thresholds observados no benchmark, situando-se em patamar substancialmente inferior. Seria interessante que o CADE eventualmente indicasse quais fatores podem fazer com que haja posição dominante abaixo do patamar de 20% e com que não haja posição dominante mesmo acima do patamar de 20% de participação de mercado, e quais fatores qualitativos podem afastar, na prática, a presunção decorrente da participação de mercado. Ainda assim permanece íntegro o ônus de demonstrar os efeitos anticompetitivos da conduta.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6. TIPOLOGIA DE CONDUTAS TRATADAS

Esta seção analisa, para cada jurisdição, o tratamento dispensado às diferentes categorias de condutas abusivas. Cada subseção aborda um tipo específico de conduta unilateral: preços predatórios (6.1), acordos de exclusividade (6.2), vendas casadas e pacotes (6.3), recusa de contratar ou fornecimento (6.4), descontos fidelidade ou condicionais (6.5), margin squeeze ou compressão de margens (6.6), discriminação (6.7), preços excessivos ou exploratórios (6.8), restrições verticais intra-marca (6.9), autofavorecimento e restrições de acesso em mercados digitais (6.10) e subsídios cruzados (6.11).

6.1 Preços predatórios (predação)

6.1.1 Reino Unido

No guia OFT 402, a prática de preços predatórios é tratada dentro da categoria de condutas exclusionárias (exclusionary behaviour), que são comportamentos que visam remover ou enfraquecer a concorrência existente ou impedir a entrada de novos competidores. O documento define a prática como a adoção de preços excessivamente baixos (excessively low prices) capazes de gerar fechamento de mercado, especialmente quando utilizados por empresas dominantes para ampliar seu poder de mercado ou impedir o desenvolvimento de concorrência efetiva.

O guia destaca que a caracterização do abuso depende menos da forma da conduta e mais de seus efeitos prováveis sobre a concorrência e os consumidores, em análise sempre casuística. Embora reconheça que preços baixos podem beneficiar consumidores, ressalta que seu uso estratégico para excluir rivais pode configurar abuso. Também admite justificativas objetivas, como eficiências econômicas ou respostas competitivas legítimas, desde que proporcionais e não pré textuais.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.1.2 Japão

De acordo com o Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) (Part. II, Item 2, (1) a (3)) e o Guia Relativo às Vendas a Preços Injustamente Baixos nos Termos do Antimonopoly Act (Guidelines concerning unjust low price sales under the Antimonopoly Act), a política concorrencial japonesa parte do pressuposto de que a economia de livre mercado se estrutura sobre o funcionamento dos mecanismos de oferta e demanda, cabendo aos agentes econômicos a liberdade de definir seus pre-

ços de acordo com essas condições. Nesse contexto, a concorrência por meio da redução de preços, fundada em esforços próprios (e.g., ganhos de eficiência e oferta de produtos de melhor qualidade a menor custo), constitui o núcleo da chamada concorrência pelo mérito, a qual deve ser preservada e estimulada. Por essa razão, a intervenção estatal em práticas de redução de preços deve, em princípio, ser limitada.

Não obstante, o guia reconhece que determinadas estratégias de preços muito baixos podem ultrapassar os limites da concorrência legítima. Em particular, a fixação de preços em nível inferior aos custos que seriam evitados caso o produto não fosse ofertado (isto é, custos diretamente relacionados à produção e comercialização adicionais) tende, em condições normais, a carecer de racionalidade econômica, uma vez que implica a ampliação das perdas à medida que o volume de vendas cresce. Nesses casos, a prática pode não refletir esforços competitivos genuínos, mas sim uma estratégia de exclusão de concorrentes.

Sob essa perspectiva, a prática de fixação de preços inferiores aos custos evitáveis (*below-cost pricing*) pode ser qualificada como conduta excludente quando for apto a criar dificuldades relevantes para as atividades de concorrentes igualmente ou mais eficientes, comprometendo o processo competitivo. Para fins de análise, a JFTC adota um critério funcional para identificar tais custos, considerando se estes variam em função da quantidade produzida ou se estão estreitamente vinculados ao fornecimento do produto. Em geral, incluem-se nessa categoria custos que aumentam ou diminuem com a produção ou que têm relação estreita com o fornecimento, incluindo em regra custos variáveis e determinados componentes dos custos de produção e operação, como transporte, armazenamento e entrega.

Por outro lado, a fixação de preços abaixo do custo total médio, mas ainda superiores aos custos evitáveis, tende, em regra, a não ser considerada problemática sob a perspectiva concorrencial, salvo em circunstâncias excepcionais, como a manutenção prolongada da prática em grande escala. Ademais, a autoridade japonesa reconhece situações em que preços abaixo desses custos podem ser legítimos, como no caso de produtos perecíveis, bens sazonais após o período de pico de vendas, produtos com defeito ou ainda quando a redução decorre de alterações nas condições de oferta e demanda do mercado.

A avaliação sobre o caráter excludente da conduta é feita de maneira abrangente e contextual, a partir de um exame dos seus potenciais efeitos sobre concorrentes tão eficientes quanto o agente em questão. Para tanto, a JFTC considera um conjunto de fatores, incluindo as características estruturais do mercado (como grau de diferenciação dos produtos, economias de escala e barreiras à entrada), a posição relativa das empresas (participação de mercado, capacidade financeira e escala de operação), a duração e intensidade da prática (volume e período das vendas a preços reduzidos) e, ainda, elementos relacionados às circunstâncias da conduta, como sua finalidade estratégica, sua divulgação e eventual recorrência em diferentes mercados ou produtos.

Além disso, o guia relativo às vendas a preços injustamente baixos explicita que a análise da prática leva em conta, de forma estruturada, (i) a relação preço/custo, (ii) a continuidade da conduta, (iii) sua aptidão para causar dificuldades às atividades empresariais de outros agentes e (iv) a ausência de razões justificáveis. Nessa disciplina, preços inferiores aos custos variáveis (variable-featured costs) tendem a ser presumidos como excessivamente abaixo dos custos requeridos para o fornecimento, ao passo que preços acima desse patamar, embora não configurem automaticamente o ilícito estatutário, podem ainda ser relevantes em outras hipóteses de práticas comerciais desleais.

Em síntese, as autoridades japonesas procuram distinguir, de um lado, reduções de preço que expressam concorrência legítima e, de outro, estratégias que, por sua falta de racionalidade econômica e potencial excludente, podem comprometer a dinâmica concorrencial, justificando a intervenção antitruste.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.1.3 Estados Unidos

*No Capítulo 4 do relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**, o DOJ define o preço predatório (predatory pricing) como uma estratégia pela qual uma empresa reduz seus preços a níveis economicamente insustentáveis no curto prazo com o objetivo de excluir concorrentes do mercado ou impedir sua expansão, esperando posteriormente recuperar as perdas incorridas por meio do exercício de poder monopolístico. O documento enfatiza que o elemento central da prática não é a mera cobrança de preços baixos, mas a adoção de uma estratégia de sacrifício de lucros presente em troca da expectativa de obtenção de lucros monopolísticos futuros.*

*O relatório adota como principal referência a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, especialmente o precedente *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (1993), segundo o qual a caracterização do preço predatório exige a demonstração cumulativa de dois elementos. O primeiro consiste na prática de preços inferiores a uma medida apropriada de custo. O segundo requer a existência de uma probabilidade razoável de recuperação (recoupment) das perdas sofridas durante o período de preços reduzidos, mediante a posterior elevação dos preços a níveis supracompetitivos após a exclusão ou enfraquecimento dos concorrentes²².*

O documento dedica especial atenção à identificação do critério de custo adequado para a análise. Embora reconheça a existência de diferentes abordagens econômicas e jurisprudenciais, o DOJ manifesta preferência pela utilização do conceito de custo evitável médio (average avoidable cost – AAC) como principal parâmetro para avaliar se houve sacrifício econômico. Segundo essa

²² Cita-se “To prevail on a predatory-pricing claim, plaintiff must prove that (1) the prices were below an appropriate measure of defendant’s costs in the short term, and (2) defendant had a dangerous probability of recouping its investment in below-cost price.”

abordagem, um preço inferior ao custo evitável médio sugere que a empresa está incorrendo em perdas que poderiam ter sido evitadas caso não tivesse realizado as vendas correspondentes, constituindo um forte indício de comportamento predatório. O relatório observa ainda que preços acima desse patamar geralmente devem ser considerados lícitos, uma vez que refletem formas legítimas de competição por preço²³.

Além da análise de custos, o relatório ressalta que a plausibilidade econômica da recuperação das perdas é indispensável para diferenciar práticas predatórias de estratégias competitivas agressivas. Na visão do DOJ, a redução de preços normalmente beneficia consumidores e constitui um dos principais mecanismos de rivalidade competitiva. Por essa razão, a simples existência de preços baixos não deve ser interpretada como indício de infração antitruste. Somente quando houver evidências de que a empresa sacrificou lucros no curto prazo e possui condições reais de recuperar posteriormente essas perdas por meio do exercício de poder monopolístico é que a intervenção sob a Seção 2 do Sherman Act se justifica.

Em síntese, o relatório adotou uma concepção restritiva do preço predatório, alinhada à jurisprudência norte-americana, exigindo a demonstração de preços abaixo de custo e de uma perspectiva plausível de recuperação das perdas. Essa abordagem reflete a preocupação do DOJ em evitar que a repressão antitruste desencoraje reduções legítimas de preços e outras formas de competição que normalmente beneficiam os consumidores.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.1.4 Austrália

As Guidelines da ACCC tratam expressamente da prática de preços predatórios (predatory pricing) como uma das possíveis formas de misuse of market power, listada no item 3.2 do documento entre as tipologias com maior potencial de contravenção à Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) (ACCC, 2018, p. 8). As Guidelines ressaltam, contudo, que preços baixos nor-

²³ Cita-se “The Department agrees that average avoidable cost is the most appropriate cost measure to use when evaluating an alleged predatory-pricing scheme because it focuses on the costs that were incurred when the predatory pricing was pursued. Predatory pricing, if it is to have an exclusionary effect, must result in additional sales for the predator that were taken away from its prey. When price is set below average avoidable cost, the firm is experiencing a negative cash flow on its incremental sales at that price. Prices below average avoidable cost should trigger antitrust inquiry because they suggest that the firm is making sales that are unprofitable and may reflect an effort to exclude. Prices that are set above average avoidable cost, however, may enhance the firm’s profits irrespective of any exclusionary effects”.

malmente constituem manifestação legítima da concorrência e podem beneficiar consumidores: a Seção 46 não proíbe firma com substantial degree of market power de superar seus rivais por meio de habilidade superior e eficiência, conduta que integra o processo competitivo e não deve ser desestimulada (ACCC, 2018, p. 3).

A análise da prática ocorre no âmbito da Seção 46 do CCA e concentra-se em verificar se a conduta, praticada por empresa com “substantial degree of power in a market”, possui propósito, efeito ou provável efeito de produzir substantial lessening of competition (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). O modelo australiano não considera ilícita a simples adoção de preços baixos ou estratégias comerciais agressivas (ACCC, 2018, p. 3).

De forma geral, a ACCC considera fatores relacionados ao grau de poder de mercado da empresa, à estrutura e dinâmica concorrencial do mercado e aos potenciais efeitos exclusionários da prática. No caso específico de predatory pricing, as Guidelines descrevem a conduta como a redução substancial de preços abaixo do próprio custo de fornecimento por período prolongado, com o efeito de fazer concorrentes saírem do mercado, discipliná-los por competirem de forma agressiva ou desestimular a entrada de potenciais concorrentes (ACCC, 2018, p. 10).

As Guidelines também ressaltam que o teste aplicável é o de propósito, efeito ou provável efeito de substantially lessen competition em mercado relevante (ACCC, 2018, p. 10–11). Nesse sentido, embora preços abaixo do custo possam representar importante evidência econômica de estratégia exclusionária, a caracterização da conduta não se reduz à comparação mecânica entre preços e custos, decorrendo da estrutura geral effects-based da Seção 46. O tratamento australiano da predação apresenta, portanto, abordagem predominantemente effects-based e orientada pela preservação do competitive process, conforme identificado pela ACCC como eixo central do regime (ACCC, 2018, p. 3).

Integrante responsável: Julio Campos

6.1.5 México

*Os documentos tratam expressamente de preços predatórios como prática monopólica relativa. A conduta é descrita como venda abaixo de custos, acompanhada de elementos que indiquem possibilidade de recuperação futura das perdas mediante aumento posterior de preços. O documento **Prácticas Monopólicas Relativas** também ilustra a prática com exemplo de redução agressiva de preços seguida da saída do concorrente e posterior aumento de preços. (CFC, 2018, p. 8; COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.1.6 União Europeia

Segundo o EU Draft Guidelines, preços predatórios consistem na prática de preços abaixo do custo por empresa dominante com o objetivo de eliminar ou enfraquecer concorrentes. A avaliação é realizada por meio de testes de preço-custo. Dois patamares são aplicáveis: (i) preços abaixo do Custo Variável Médio (CVM) ou Custo Evitável Médio (CEM), que são presumidos predatórios, pois não há objetivo econômico racional senão a eliminação de concorrentes; e (ii) preços abaixo do Custo Total Médio (CTM) ou Custo Incremental Médio de Longo Prazo (CAMLPI), mas acima do CVM/CEM, que são considerados predatórios se fazem parte de um plano para eliminar ou reduzir a concorrência. Há um questionamento sobre quando o Custo Evitável Médio seria o referencial relevante em vez do Custo Variável Médio, dado que o CEM pode incluir custos fixos que podem ser evitados, incluindo custos que se tornam irrecuperáveis uma vez incorridos. Não há exigência de demonstração de recuperação, ou seja, a precificação predatória é presumida como tendo efeitos excludentes. A conduta pode ocorrer no mercado dominado ou em mercados relacionados e pode ser seletiva, sendo dirigida a clientes específicos.

O EU 2023 Policy Brief não define preços predatórios. A Seção III.C do resumo é intitulada “O uso do teste preço-custo do concorrente igualmente eficiente” e trata exclusivamente do uso desse teste e de sua aplicabilidade a diferentes tipos de conduta, sem definir o que constitui preços predatórios nem estabelecer seus elementos constitutivos. O EU 2023 Policy Brief afirma que o uso do teste do concorrente igualmente eficiente é “justificado” para casos de preços predatórios e compressão de margens, porque nesses tipos de abuso “é o próprio preço praticado que pode ser suscetível de ser abusivo, e não as condições associadas a esse preço”, representando “uma forma fiável de avaliar se a conduta em causa é abusiva”. O teste do concorrente igualmente eficiente refere-se a “vários testes quantitativos, cujo objetivo comum é avaliar a capacidade de uma conduta produzir efeitos anticoncorrenciais por referência a um concorrente hipotético tão eficiente quanto a empresa dominante”. Em essência, “o teste exige uma análise do nível de preços praticado pela empresa dominante e uma comparação com os seus custos, com o objetivo de avaliar se um concorrente hipotético igualmente eficiente poderia competir de forma rentável contra uma prática de preços potencialmente abusiva”.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.1.7 Chile

O Guia de Restricciones Verticales (2014) da FNE não trata expressamente do tema, embora mencione que, em relação a condutas de precificação, no geral, pode ser pertinente realizar alguns testes relacionados aos custos, que servirão para ilustrar os efeitos competitivos da restrição vertical, embora não constituam, por si só, prova de sua conformidade ou não com a legislação antitruste.

O Artigo 3º, alínea c) do DL 211 proíbe expressamente “práticas predatórias ou de concor-

rência desleal realizadas com o objetivo de alcançar, manter ou incrementar uma posição dominante”. A FNE e o TDLC analisam preços predatórios sob a regra da razão, exigindo demonstração de que: (i) o agente detém posição dominante; (ii) os preços estão abaixo de uma medida de custo relevante (tipicamente custo variável médio ou custo evitável); e (iii) há possibilidade de recuperação das perdas após a exclusão do concorrente. Não há presunção per se de ilicitude. A submissão chilena à OCDE sobre margin squeeze (2009) confirma que a FNE segue a regra da razão para condutas predatórias.²⁴

Cabe notar que o Artigo 3º, alínea c) do DL 211 é a única disposição que faz referência explícita ao objetivo da conduta (“para obter, manter ou incrementar posição dominante”), sugerindo que, para condutas predatórias, a demonstração de finalidade exclusionária pode ser mais relevante do que para outros tipos de abuso. Contudo, na prática, o TDLC foca nos efeitos efetivos sobre a concorrência. Não foi localizada na pesquisa jurisprudência consolidada do TDLC condenando especificamente preços predatórios como conduta autônoma, sendo esta conduta mais frequentemente analisada como parte de estratégias mais amplas de exclusão de concorrentes.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.1.8 Conclusões preliminares sobre preços predatórios

Todas as sete jurisdições reconhecem preços predatórios como conduta potencialmente abusiva quando praticada por empresa com poder de mercado. Há convergência quanto ao elemento central da análise: a fixação de preços abaixo de uma medida de custo relevante, geralmente o custo variável médio ou o custo evitável médio, como indicador de sacrifício econômico incompatível com conduta pró-competitiva. Também há consenso de que preços baixos normalmente beneficiam consumidores e constituem manifestação legítima da concorrência, devendo a intervenção antitruste ser restrita a situações excepcionais em que a redução de preços visa à exclusão de rivais.

As principais divergências referem-se ao requisito de recuperação (recoupment)²⁵ e ao padrão de presunção. Os EUA exigem demonstração cumulativa de preço abaixo do custo e probabilidade

²⁴ (Fonte: OCDE, DAF/COMP/WP2/WD(2009)34, §§1–4, 07/10/2009; https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/oecd_0010_2009.pdf)

²⁵ Nos EUA, os requisitos de recoupment foram consolidados pela Suprema Corte em *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993): o autor deve demonstrar, cumulativamente, (i) que os preços praticados estavam abaixo de uma medida apropriada de custo do réu; e (ii) que o réu tinha uma perspectiva razoável (Robinson-Patman Act) ou probabilidade perigosa (Seção 2 do Sherman Act) de recuperar o investimento realizado nos preços abaixo do custo, seja por demonstração ex ante da probabilidade de recuperação, seja pela prova de que a recuperação efetivamente ocorreu. Na União Europeia, em sentido oposto, o Tribunal de Justiça afastou expressamente a exigência de demonstração de possibilidade de recuperação como requisito autônomo do abuso (*France Télécom SA v. Commission*, C-202/07 P, 2009), embora ela possa ser considerada como fator adicional de análise; no Chile, como indicado no corpo do texto, a possibilidade de recuperação é considerada elemento da análise sob a regra da razão. Nas demais jurisdições analisadas, o levantamento sistemático de requisitos equivalentes não integrou o escopo deste benchmark.

razoável de recuperação posterior, adotando a abordagem mais restritiva. A UE dispensa a demonstração de recuperação e estabelece presunção de predação para preços abaixo do CVM/CEM, exigindo prova de plano de exclusão apenas na faixa intermediária entre CVM e CTM. O Chile exige possibilidade de recuperação como elemento da análise, mas sob regra da razão. O Japão adota abordagem contextual sofisticada, distinguindo entre custos evitáveis e custo total médio e reconhecendo circunstâncias excludentes (produtos perecíveis, bens sazonais). A Austrália não se restringe à comparação mecânica preço-custo, integrando-a ao teste geral de SLC. O México menciona expressamente a possibilidade de recuperação como elemento da conduta. O Reino Unido não detalha critérios específicos de custo, focando nos efeitos prováveis sobre a concorrência.

Do ponto de vista da conexão entre teoria de dano e evidência, a teoria de dano central em preços predatórios é a exclusão de rivais igualmente eficientes por meio de sacrifício de lucro de curto prazo, seguida de recuperação (recoupment) via preços supracompetitivos após a saída dos concorrentes.

Os fatores tipicamente a investigar incluem: (i) medidas de custo relevante (custo variável médio, custo evitável médio ou custo total médio, conforme a jurisdição) e sua comparação com os preços praticados; (ii) a existência de plano ou estratégia de exclusão, inferida de documentos internos ou do padrão de comportamento; e (iii) a plausibilidade de recuperação, considerando barreiras à entrada e estrutura do mercado após a suposta predação. As evidências centrais são, portanto, de natureza contábil e econômica (planilhas de custos, margens por produto e simulações de viabilidade financeira), complementadas por evidência documental sobre a intenção, quando esta for relevante na jurisdição em questão.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.2 Acordos de exclusividade (exclusive dealing)

6.2.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 trata acordos de exclusividade como potenciais condutas exclusionárias (“exclusionary behaviour”), embora sem dedicar seção específica ao tema. O documento inclui, entre as práticas potencialmente abusivas, restrições verticais e recusas de fornecimento (“vertical restraints or refusals to supply”) capazes de gerar fechamento de mercado (foreclosure) ou enfraquecer a concorrência.

Nesse contexto, acordos de exclusividade podem configurar abuso quando utilizados por empresa dominante para restringir o acesso de concorrentes a fornecedores, distribuidores ou canais de comercialização, reduzindo a pressão competitiva ou elevando barreiras à entrada. O elemento central da análise é o potencial de fechamento de mercado e seus impactos sobre consumidores, como redução da inovação, limitação de escolhas ou manutenção artificial de preços elevados.

Em linha com a abordagem geral do guia, a avaliação é baseada nos efeitos prováveis da conduta sobre a concorrência, e não apenas em sua forma jurídica, exigindo análise caso a caso. O documento também admite justificativas objetivas, desde que proporcionais e economicamente legítimas.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.2.2 Japão

A autoridade japonesa define no Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusivária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) (Part. II, Item 3) que os acordos de exclusividade são analisados à luz da sua capacidade de gerar efeitos de fechamento de mercado (restringir a concorrência), especialmente quanto ao acesso de concorrentes a canais de distribuição ou clientes. Em princípio, o simples fato de um agente econômico condicionar suas relações comerciais à não aquisição de produtos de concorrentes não configura, por si só, uma conduta excludente. Isso porque, se os concorrentes puderem facilmente encontrar parceiros comerciais alternativos, a dinâmica concorrencial baseada em preço, qualidade e outros atributos permanece preservada.

Todavia, a avaliação se altera quando tais restrições têm o efeito de dificultar substancialmente o acesso dos concorrentes ao mercado. Em particular, quando um agente impõe a seus parceiros comerciais condições que proíbem ou limitam a negociação com concorrentes e, simultaneamente, estes não dispõem de alternativas viáveis de comercialização, a prática pode comprometer suas atividades econômicas e, consequentemente, prejudicar o processo competitivo. Nesses casos, os chamados acordos de exclusividade (exclusive dealing) podem ser qualificados como condutas excludentes.

A noção de exclusividade adotada pela JFTC é ampla e abrange não apenas cláusulas contratuais explícitas que vedam a contratação com concorrentes, mas também mecanismos indiretos que, na prática, produzem o mesmo efeito. Isso inclui, por exemplo, a imposição de metas de volume próximas à capacidade total do parceiro comercial, o que inviabiliza a aquisição de produtos concorrentes, ou ainda a exigência de autorização prévia para negociar com rivais, quando acompanhada de incentivos econômicos (benefícios ou penalidades) que desestimulem tais relações.

A caracterização da conduta como excludente depende de uma análise contextual e multifatorial, centrada na verificação de seus efeitos sobre a capacidade dos concorrentes de igualmente acessar o mercado e manter suas atividades econômicas. Nesse exame, a JFTC considera, de forma abrangente, aspectos estruturais do mercado, como:

- grau de concentração;
- diferenciação dos produtos;
- economias de escala;

- *canais de distribuição;*
- *barreiras à entrada*

A posição do agente investigado (participação de mercado, valor de marca, capacidade produtiva e escala) e a posição dos concorrentes (incluindo sua capacidade de oferta e expansão) também é considerada.

Além disso, são relevantes a extensão e a intensidade da prática, especialmente sua duração, o número de parceiros comerciais afetados e a participação desses agentes no mercado. A forma concreta da conduta também é considerada, incluindo suas condições contratuais, incentivos econômicos associados e sua finalidade estratégica. Por exemplo, cláusulas que impõem penalidades relevantes ou custos adicionais ao parceiro que negocie com concorrentes tendem a reforçar o potencial excludente da prática.

Em síntese, o enquadramento de acordos de exclusividade como uma conduta de abuso de poder econômico pela autoridade japonesa depende menos de sua forma jurídica e mais de seus efeitos econômicos, particularmente quanto à possibilidade de fechamento de mercado e à imposição de obstáculos à atuação de concorrentes igualmente eficientes.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.2.3 Estados Unidos

*No Capítulo 8 do relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**, o DOJ analisa os acordos de exclusividade (exclusive dealing) como uma das principais categorias de condutas unilaterais potencialmente sujeitas ao escrutínio da Seção 2 do Sherman Act. O documento define essas práticas como arranjos pelos quais um comprador se compromete a adquirir exclusivamente, ou em proporção substancial, determinados bens ou serviços de um único fornecedor. O relatório ressalta que tais mecanismos podem assumir diversas formas contratuais e comerciais, incluindo cláusulas formais de exclusividade, contratos de fornecimento exclusivo e outras estratégias que, na prática, limitem a possibilidade de contratação com concorrentes²⁶.*

O relatório afasta a presunção de ilicitude dessas práticas e adota uma abordagem baseada na análise de seus efeitos concorrenciais. Segundo o DOJ, acordos de exclusividade frequentemente produzem eficiências econômicas relevantes, como a redução de problemas de oportunismo (free

²⁶ Cita-se “Exclusive dealing describes an arrangement whereby one party’s willingness to deal with another is contingent upon that other party (1) dealing with it exclusively or (2) purchasing a large share of its requirements from it. (1) Exclusive dealing is common and can take many forms. (2) It often requires a buyer to deal exclusively with a seller. For example, a manufacturer may agree to deal with a distributor only if the distributor agrees not to carry the products of the manufacturer’s competitors. (3) And many franchise outlets agree to buy certain products exclusively from a franchisor. (4) But it also may involve a seller dealing exclusively with a single buyer.”

riding), a proteção de investimentos específicos realizados por fabricantes e distribuidores, a diminuição de custos de transação e o fortalecimento dos incentivos para promoção, treinamento e desenvolvimento de canais de distribuição. Em razão dessas potenciais eficiências, o documento reconhece que a exclusividade constitui, em muitos mercados, um instrumento legítimo de organização das relações comerciais.

Não obstante, o relatório reconhece que acordos de exclusividade podem assumir caráter anti-competitivo quando empregados por empresas detentoras de significativo poder de mercado.²⁷ Nesses casos, a preocupação central reside na possibilidade de que a prática produza efeitos de fechamento de mercado (foreclosure), restringindo o acesso de concorrentes a clientes, canais de distribuição, insumos ou outras oportunidades comerciais essenciais para sua atuação. A exclusão de rivais pode, por sua vez, elevar barreiras à entrada, dificultar a expansão de concorrentes igualmente eficientes e contribuir para a manutenção ou ampliação do poder de mercado da empresa dominante.

A avaliação da legalidade da prática, segundo o relatório, deve considerar uma série de fatores econômicos e jurídicos. Entre eles destacam-se o grau de poder de mercado da empresa investigada, a parcela do mercado efetivamente sujeita à exclusividade, a duração dos contratos, a possibilidade de rescisão ou substituição pelos compradores, a existência de justificativas comerciais legítimas e os efeitos observáveis ou prováveis sobre a concorrência. O documento enfatiza que a mera existência de exclusividade não é suficiente para caracterizar uma infração à Seção 2, sendo necessária a demonstração de que a prática possui potencial para prejudicar a concorrência.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.2.4 Austrália

A legislação concorrencial australiana possui disciplina específica para acordos de exclusividade (exclusive dealing) na Seção 47 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 300). Diferentemente de outras condutas exclusionárias, o exclusive dealing possui regime jurídico próprio no ordenamento australiano, predominantemente no âmbito da Seção 46.

²⁷ Segundo conclusão nesse sentido do documento “Finally, some lower courts reviewing other exclusivity arrangements have implied a safe harbor for arrangements that in the aggregate affect less than thirty to forty percent of existing customers or distribution. For example, the First Circuit stated that “[f]or exclusive dealing, foreclosure levels are unlikely to be of concern where they are less than 30 or 40 percent.”(62) Similarly, in *Minnesota Mining & Manufacturing Co. v. Appleton Papers Inc.*, the court noted that “[g]enerally speaking, a foreclosure rate of at least 30 percent to 40 percent must be found to support a violation of the antitrust laws.”(63)

Nos termos da Seção 47(1) do CCA, a corporação não deve, no comércio, engajar-se na prática de exclusive dealing (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 300). A norma compreende diferentes formas de condicionamento comercial, incluindo fornecimento condicionado à não aquisição de produtos ou serviços de concorrentes, exclusividades de fornecimento ou aquisição e restrições territoriais, nas modalidades detalhadas nas subseções 47(2) a 47(9) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 300–304). A conduta pode ser analisada independentemente da demonstração de “substantial market power”, bastando que seja capaz de produzir substantial lessening of competition, nos termos da subseção 47(10): a proibição não se aplica à prática de exclusive dealing por uma corporação a menos que a conduta, por si só ou em conjunto com outras condutas do mesmo tipo, tenha o propósito, o efeito ou o provável efeito de substantially lessen competition (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 305).

A amplitude da Seção 47 faz com que determinadas práticas de tying e bundling também possam ser enquadradas como formas de exclusive dealing, especialmente quando envolverem fornecimento condicionado ou aquisição vinculada de produtos e serviços (ACCC, 2018, p. 14–15). Essa interpretação decorre da própria estrutura normativa da Seção 47, voltada ao controle de condicionamentos comerciais potencialmente exclusionários (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 300–305).

Apesar da tipificação específica da conduta na Seção 47 do CCA, o tratamento permanece predominantemente orientado por análise effects-based e pela preservação do competitive process (ACCC, 2018, p. 3). A principal diferença em relação à Seção 46 reside na desnecessidade de demonstração de “substantial market power”, concentrando-se a análise, sobretudo, na verificação de se a prática é capaz de produzir substantial lessening of competition, conforme a subseção 47(10) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 305).

Integrante responsável: Julio Campos

6.2.5 México

*Os documentos tratam expressamente de acordos de exclusividade como prática monopólica relativa. A conduta abrange tanto a distribuição ou comercialização exclusiva entre agentes que não sejam concorrentes quanto a venda, compra ou transação condicionada à não utilização, aquisição, venda ou fornecimento de bens ou serviços de terceiros. **Prácticas Monopólicas Relativas** exemplifica a prática com a imposição, por uma empresa, de que seus distribuidores não ofereçam produtos de concorrentes. (CFC, 2018, p. 7; COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.2.6 União Europeia

O EU Draft Guidelines define expressamente acordos de exclusividade. Os acordos de exclusividade remetem às várias formas de obrigação de um cliente comprar ou de um fornecedor vender

à empresa em posição dominante a totalidade ou a maior parte das suas necessidades, ou a esquemas de incentivos condicionados à compra pelo cliente ou à venda pelo fornecedor à empresa em posição dominante da totalidade ou maior parte das suas necessidades.

Os acordos de exclusividade podem decorrer de arranjos que criam uma obrigação formal de exclusividade, de arranjos que, embora não sejam explícitos, equivalem de fato a obrigações de exclusividade, ou ainda de uma combinação de ambas as formas. Os acordos de exclusividade podem ser abusivos mesmo quando acordados a pedido da contraparte contratual da empresa dominante.

O EU Draft Guidelines identifica três formas de acordos de exclusividade por via contratual formal: (i) obrigação de compra exclusiva, que impõe ao cliente a obrigação ou o compromisso de comprar exclusivamente à empresa dominante; (ii) obrigação de fornecimento exclusivo, que impõe ao fornecedor a obrigação ou o compromisso de vender exclusivamente à empresa dominante; ou (iii) descontos de exclusividade, consistentes na concessão de desconto ou outras vantagens condicionadas à compra ou ao fornecimento exclusivo pelo cliente ou fornecedor à empresa dominante, mesmo na ausência de obrigações contratuais formais.

O EU 2023 Policy Brief não define acordos de exclusividade. O resumo não contém uma seção dedicada à definição dessa conduta nem apresenta seus elementos constitutivos.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.2.7 Chile

O Guia de Restricciones Verticales (2014) trata especificamente dos acordos de exclusividade, que constituem uma das principais restrições verticais analisadas pela FNE. Segundo o guia, a exclusividade pode gerar riscos anticompetitivos quando imposta por um agente com poder de mercado significativo, especialmente quando bloqueia o acesso de concorrentes a canais de distribuição ou insumos. A análise considera: participação de mercado do agente, cobertura da rede de exclusividade, duração dos contratos, existência de alternativas para concorrentes e eficiências justificáveis. Um caso emblemático foi FNE v. CCU (2023), envolvendo acusações de acordos de exclusividade no mercado de cervejas, que terminou com um acordo homologado pelo TDLC em 2024.²⁸

O guia da FNE identifica como principais riscos anticompetitivos da exclusividade: o bloqueio do acesso de concorrentes atuais ou potenciais aos canais de distribuição (foreclosure), o aumento de custos dos rivais e a redução da competição inter-marca. A análise da OCDE sobre práticas envolvendo acordos de exclusividade(2021) confirmou que, nos casos revisados relacionados à

²⁸ Fonte: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2024/03/C_487-23-150324.pdf

<https://www.fne.gob.cl/fne-nombra-supervisora-de-cumplimiento-para-fiscalizar-acuerdo-conciliatorio-firmado-con-ccu/>

América Latina, o trato exclusivo foi a restrição vertical mais recorrente. ²⁹

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.2.8 Conclusões preliminares sobre acordos de exclusividade

Todas as jurisdições analisadas reconhecem acordos de exclusividade como conduta potencialmente abusiva, compartilhando preocupação central com o fechamento de mercado (foreclosure) resultante da restrição ao acesso de concorrentes a canais de distribuição, clientes ou insumos. Em todas, a análise é baseada em efeitos e realizada caso a caso, rejeitando presunções automáticas de ilicitude e reconhecendo que acordos de exclusividade frequentemente geram eficiências legítimas (proteção de investimentos, redução de custos de transação, incentivos à promoção). Fatores como parcela do mercado afetada, duração dos contratos, existência de alternativas e justificativas comerciais são considerados transversalmente.

As diferenças manifestam-se na intensidade probatória e no enquadramento normativo. A UE presume efeitos exclusionários para descontos de exclusividade e obrigações formais de compra exclusiva, invertendo o ônus para a empresa dominante. Os EUA adotam postura mais permissiva, exigindo demonstração de fechamento substancial de mercado e reconhecendo safe harbor implícito para foreclosure inferior a 30-40%. A Austrália possui regime jurídico próprio para exclusive dealing na Seção 47 do CCA, dispensando a demonstração de substantial market power e exigindo apenas prova de SLC. O Japão adota noção ampla de exclusividade, abrangendo mecanismos indiretos como metas de volume próximas à capacidade total do cliente. O Chile conta com caso emblemático recente (FNE v. CCU, 2023-2024) que ilustra a aplicação prática. O México tipifica a conduta de forma expressa na legislação, embora sem detalhar critérios analíticos avançados nos guias.

A teoria de dano nos acordos de exclusividade é o fechamento de mercado (foreclosure): a restrição contratual ao acesso de concorrentes a canais de distribuição, clientes ou insumos, reduzindo a parcela contestável do mercado a um patamar que inviabiliza a entrada ou expansão de rivais eficientes.

Os fatores a investigar incluem a parcela do mercado abrangida pelos contratos de exclusividade, sua duração, a existência de canais alternativos de distribuição e o grau de dependência dos parceiros comerciais em relação à empresa dominante. As evidências relevantes combinam dados de participação de mercado e cobertura contratual (percentual de distribuidores ou clientes vinculados), histórico de tentativas de entrada de concorrentes e, quando disponíveis, estudos de elasticidade de switching. A demonstração de eficiências (proteção de investimentos específicos, redução de custos de transação) deve ser sopesada com base em evidência apresentada pela própria empresa investigada, conforme a distribuição do ônus da prova tratada na seção 12.

²⁹ Fonte: *OCDE: las defensas de eficiencia frente a restricciones verticales ...*

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.3 Vendas casadas e pacotes (tying e bundling)

6.3.1 Reino Unido

No guia UK OFT 402, vendas casadas e pacotes (tying e bundling) são tratadas como potenciais condutas exclusionária à luz do Article 82(d) do TCE, que proíbe a imposição de obrigações suplementares sem relação com o objeto principal do contrato.

O guia reconhece que tying pode constituir abuso quando uma empresa dominante em um mercado (mercado vinculado) aproveita essa posição para vincular a venda de um produto a outro produto em mercado diferente (mercado vinculante), reduzindo a liberdade de escolha dos consumidores ou fechando mercado para concorrentes.

Sobre o exercício legítimo de direitos de propriedade intelectual, ele não constitui automaticamente abuso, mas a forma como um direito é exercido pode dar origem a preocupações se alavancar o poder de mercado de um mercado para outro ou impedir o desenvolvimento de novo mercado.

A análise de tying/bundling segue o princípio geral de que o guia considera mais relevante o efeito provável da conduta sobre concorrência e consumidores do que sua forma específica, sendo avaliada caso a caso conforme as circunstâncias particulares.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.3.2 Japão

Conforme o Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) (Part. II, Item 4), a adição de valor por meio da oferta conjunta ou integrada de múltiplos produtos aos parceiros comerciais constitui uma forma de inovação tecnológica e de promoção de vendas. Assim, tal prática, por si só, não configura automaticamente uma conduta excludente.

Entretanto, quando um agente econômico fornece um produto (produto vinculante, tying product) apenas sob a condição de que o parceiro comercial adquira também outro produto (produto vinculado, tied product), essa prática pode causar dificuldades às atividades de concorrentes que não conseguem encontrar facilmente parceiros alternativos no mercado do produto vinculado, podendo, assim, prejudicar a concorrência nesse mercado. Nesses casos, a prática de venda condicionada pode ser caracterizada como conduta excludente.

A avaliação sobre se o produto exigido como condição constitui “outro produto” é realizada

pela JFTC com base na verificação de se os bens possuem características distintas e são comercializados de forma independente. Para tanto, consideram-se fatores como: diferenças de usuários, funções e conteúdo dos produtos, bem como a possibilidade de aquisição separada.

Mesmo quando os produtos podem ser adquiridos separadamente, se a oferta conjunta tiver como efeito prático induzir os parceiros comerciais a comprar ambos (por exemplo, quando a oferta separada do produto principal é limitada ou quando há vantagens econômicas na aquisição conjunta), considera-se que há, substancialmente, imposição de compra vinculada.

A venda casada também inclui hipóteses como: fornecimento condicionado à revenda de outro produto ou exigência de aquisição de produtos complementares (mercado de pós-venda, after-market).

A venda casada será considerada conduta excludente quando causar dificuldades às atividades de concorrentes no mercado do produto vinculado, especialmente quando eles não puderem encontrar alternativas comerciais viáveis. A JFTC analisa, de forma abrangente, fatores como:

- as condições dos mercados dos produtos vinculante e vinculado (estrutura, diferenciação, barreiras à entrada etc.);*
- a posição do agente no mercado do produto vinculante (participação, poder de marca, escala);*
- a posição do agente e de seus concorrentes no mercado do produto vinculado;*
- a duração da prática, o número de parceiros envolvidos e o volume das transações;*
- as condições concretas da conduta, como preços, grau de imposição e finalidade.*

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.3.3 Estados Unidos

*Nos Capítulos 5 e 6 do relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**, o DOJ examinou as práticas de venda casada (tying) e de descontos ou vendas agrupadas (bundled discounts e bundled rebates), analisando seus potenciais efeitos concorrenciais à luz da Seção 2 do Sherman Act.*

No que se refere à venda casada (tying), o relatório a definiu como a prática pela qual a venda de um produto ou serviço (tying product) é condicionada à aquisição de outro produto ou serviço distinto (tied product). Tradicionalmente, a preocupação concorrencial associada decorre da possibilidade de que uma empresa detentora de poder de mercado em um produto utilize essa posição para ampliar sua influência sobre mercados adjacentes, restringindo a liberdade de escolha dos consumidores e dificultando a atuação de concorrentes. O relatório observou, contudo, que a evolução da

jurisprudência e da análise econômica pode reconhecer que a venda casada pode gerar importantes eficiências, tais como redução de custos de transação, garantia de compatibilidade técnica entre produtos, diminuição de problemas de informação e aperfeiçoamento da experiência do consumidor.

Nessa perspectiva, o DOJ sustentou que a avaliação concorrencial deve concentrar-se em seus efeitos econômicos, considerando fatores como a existência de poder de mercado no produto vinculante, a capacidade de fechamento de mercado (foreclosure), existência de justificativas econômicas legítimas e os impactos da conduta sobre preços, produção, inovação e bem-estar dos consumidores. O relatório enfatizou que a mera existência de uma vinculação comercial não é suficiente para caracterizar uma infração concorrencial, sendo necessária a demonstração de que a prática produz ou tende a produzir efeitos deletérios à concorrência.

O Capítulo 6 dedica-se às práticas bundling e bundled discounts. O relatório definiu o bundling como a oferta conjunta de dois ou mais produtos, enquanto os descontos agrupados consistem na concessão de condições comerciais mais vantajosas aos compradores que adquirem simultaneamente múltiplos produtos do mesmo fornecedor. O DOJ reconhece que tais práticas são amplamente difundidas em mercados competitivos e podem gerar benefícios aos consumidores. O documento também definiu que descontos agrupados podem suscitar preocupações concorrenciais quando empregados por empresas detentoras de poder de mercado, especialmente em situações em que rivais que competem apenas em parte dos produtos incluídos no pacote não conseguem replicar a oferta da empresa dominante. Nessas circunstâncias, a prática pode dificultar a permanência ou expansão de concorrentes igualmente eficientes e contribuir para o fortalecimento do poder de mercado da empresa incumbente.

Tanto no caso do tying quanto no dos descontos agrupados, o relatório rejeitou abordagens baseadas em presunções de ilicitude e privilegia uma análise fundamentada nos efeitos da conduta. A intervenção sob a Seção 2 do Sherman Act somente se justificaria quando práticas de vinculação ou agrupamento, associadas à existência de poder de mercado significativo, produzissem efeitos exclusionários capazes de restringir substancialmente a concorrência e gerar prejuízos ao bem-estar dos consumidores.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.3.4 Austrália

As Guidelines da ACCC tratam práticas de tying e bundling expressamente no item 3.2 do

documento, reconhecendo que tais condutas figuram entre as tipologias com maior potencial de contravenção à Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) e que, em determinadas circunstâncias, podem produzir substantial lessening of competition (“SLC”) (ACCC, 2018, p. 8).

A análise dessas práticas ocorre principalmente no âmbito da Seção 46 do CCA, relativa ao misuse of market power. O foco da ACCC consiste em verificar se a conduta, praticada por empresa com substantial degree of market power, possui propósito, efeito ou provável efeito de restringir substancialmente a concorrência (ACCC, 2018, p. 3; AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). As Guidelines definem tying como a situação em que um fornecedor vende um bem ou serviço com a condição de que o comprador adquira outro bem ou serviço do mesmo fornecedor, e bundling como a situação em que o fornecedor oferece dois produtos somente como pacote, ou por preço inferior quando adquiridos conjuntamente (ACCC, 2018, p. 14).

De forma geral, a ACCC considera fatores relacionados ao grau de poder de mercado da empresa, à estrutura e dinâmica concorrencial do mercado e aos potenciais efeitos exclusionários da prática. No caso específico de tying e bundling, as Guidelines destacam preocupações relacionadas à utilização dessas práticas para extensão ou ampliação do poder de mercado para mercados adjacentes: a contravenção pode ocorrer quando firma com poder substancial em um mercado utiliza a vinculação para estender ou “alavancar” esse poder de mercado para outro mercado (ACCC, 2018, p. 14–15).

Determinadas práticas de tying também podem ser enquadradas na Seção 47 do CCA, relativa a exclusive dealing, especialmente quando envolverem fornecimento condicionado ou outras formas de condicionamento comercial, na forma das subseções 47(2) a 47(9) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 300–304), sendo nesse caso dispensável a demonstração de substantial market power e suficiente a verificação do efeito de SLC nos termos da subseção 47(10) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 305).

Integrante responsável: Julio Campos

6.3.5 México

*Os documentos tratam expressamente de vendas casadas como prática monopólica relativa. A conduta é descrita como venda ou transação condicionada à aquisição, venda ou fornecimento de outro bem ou serviço, normalmente distinto ou distinguível, inclusive sob bases de reciprocidade. (CFC, 2018, p. 6-7; COFECE, 2020a, p. 5) A **Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas** também indica elementos exemplificativos que podem instruir denúncia por vendas casadas: (COFECE, 2020b, p. 18-19), conforme reproduzido a seguir:*

“Contrato, convenio o instrumento del que se derive la relación comercial, en caso de que fuera preexistente.

Contrato, convenio, instrumento o información de la que se desprenda que un agente económico condiciona a otro, la venta o transacción de un bien o servicio, a la compra, adquisición, venta o suministro de otro bien o servicio.

Una descripción del atamamiento y si existen formas distintas de proveerlo.

Descripción de los bienes o servicios cuya compra, adquisición o venta se condiciona a la adquisición, suministro o prestación de otro bien o servicio, así como explicación detallada de su uso y funcionamiento en el mercado.

Descripción de los bienes o servicios que se deben adquirir o suministrar con el bien o servicio cuya compra, adquisición o venta se condiciona, así como explicación detallada de su uso en el mercado.

Información comparativa sobre las características, uso y funcionamiento de cada uno de los bienes o servicios señalados en los puntos anteriores, de la que se pueda observar que son distintos en su uso en el mercado.

Evidencia de que los productos o servicios son o podrían ser demandados y ofertados de forma separada en el mercado.

Comunicados, en los que informe por cualquier medio, físico o electrónico, la obligación de suministrar o adquirir bienes o servicios distintos o distinguibles y de manera adicional, a otros que se compren o suministran, derivado de la relación comercial que sostienen.

Documentos o comunicados, en los que se establezcan por cualquier medio, físico o electrónico, sanciones o represalias, o se apliquen dichas sanciones, por no adquirir o suministrar los bienes o servicios adicionales a los que comúnmente compra o suministra un agente económico o con base en reciprocidad, derivado de una relación comercial.

Solicitudes de productos que no hayan sido suministrados o adquiridos, desde el momento en que no se haya aceptado el suministro o la adquisición de los bienes o servicios adicionales.

Tendencia y evolución del número de agentes económicos que han tenido que comprar o vender el producto o servicio atado y una descripción lo más detallada posible de la participación de dichos agentes económicos en el mercado.

Además de los elementos de indicio señalados en los puntos anteriores, se sugiere acompañar al escrito de denuncia con:

Listado de los principales agentes económicos que procesen, produzcan, distribuyan o comercialicen dichos bienes en el territorio nacional.

Explicación por la que se considere que el agente económico denunciado cuenta con poder sustancial.

Participaciones de mercado del denunciado o datos o documentos que arrojen indicio de que tiene la capacidad de fijar los precios o restringir el abasto de los productos o servicios que se atan.

Para el caso de las ventas casadas los indicios de poder sustancial antes mencionados que se deben presentar en la denuncia son para los agentes económicos que ofrecen los bienes o servicios que atan, no para los atados.

Informes anuales del denunciado, en caso de estar disponibles para el público en general, o estadísticas públicas en los que se observe su posición en el mercado respecto de la producción o distribución de los bienes o servicios involucrados.

Proporcionar, en caso de contar con dicha información, un listado de los agentes económicos que puedan ser afectados por la denuncia, respecto de los presuntos actos anti-competitivos denunciados.

Indicar si existe la posibilidad o algún tipo de impedimento para abastecerse de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados a los ofrecidos o comercializados por el denunciado, así como los costos en los que incurriría de hacerlo.

Regulación aplicable, de ser el caso, para el manejo, producción, distribución o comercialización de los bienes o servicios involucrados en los hechos denunciados, explicándose claramente cómo incide en los mismos.”

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.3.6 União Europeia

Segundo o EU Draft Guidelines, vendas casadas consistem em condicionar a disponibilidade de um produto à aceitação de outro produto distinto. Vendas casadas envolvem a oferta de produtos apenas em pacote ou com desconto quando adquiridos conjuntamente. Os requisitos para a configuração do abuso são: (a) existência de dois produtos distintos; (b) dominância no mercado do produto vinculante; (c) ausência de escolha para os clientes de obter o produto vinculante sem o produto vinculado, ou sem custo indevido; e (d) conduta capaz de produzir efeitos excludentes. Quanto aos efeitos de exclusão, a profundidade da análise necessária para demonstrar que a venda subordinada pode produzir efeitos de exclusão depende das circunstâncias específicas do processo em apreço. Em determinadas circunstâncias, pode ser possível concluir que, devido às características específicas dos mercados e produtos em causa, a venda subordinada tem um elevado potencial para produzir efeitos de exclusão, os quais podem assim ser presumidos. Em outras circunstâncias, pode justificar-

-se uma análise mais atenta das condições reais do mercado, o que normalmente ocorre quando (i) o produto subordinado está disponível gratuitamente e (ii) é fácil obter alternativas ao produto subordinado. Quanto à venda casada pura, que junta dois produtos de modo que nenhum deles possa ser adquirido isoladamente, a avaliação de sua prática por parte de uma empresa em posição dominante está sujeita aos mesmos requisitos legais aplicáveis à venda subordinada.

O EU 2023 Policy Brief não define vendas casadas e não aprofunda o tema.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.3.7 Chile

Vendas casadas (tying) são expressamente mencionadas no Artigo 3º, alínea b) do DL 211 como exemplo de abuso de posição dominante (“vincular a venda de dois ou mais produtos”). O Guía de Restricciones Verticales (p.16) também aborda o tying como restrição vertical sujeita a análise de efeitos, ilustrando, por exemplo, que, ao lidar com pacotes, os seguintes elementos terão prioridade: a existência de demanda separada para ambos os produtos, o caráter vinculativo e interligado da embalagem, a potencial complementaridade dos produtos e seu potencial uso em proporções fixas, e a existência ou ausência de regulamentação do setor, entre outros.

O caso CDF/TNT Sports (2024) ilustra a aplicação prática: o TDLC condenou o Canal del Fútbol por tying abusivo, além de discriminação de preços, impondo multa de US\$ 27,6 milhões, a maior localizada dentre os casos pesquisados.

Naquele caso, o TDLC determinou que o CDF detinha posição dominante monopólica no mercado de transmissão ao vivo do Campeonato Nacional de Futebol e que havia condicionado a venda de seus sinais premium à aquisição do canal básico, forçando a inclusão de determinados canais nos planos de televisão das operadoras. Além da multa, o TDLC ordenou a modificação dos contratos existentes para proibir o condicionamento (tying) e a imposição de garantias mínimas contra discriminação. A Suprema Corte confirmou integralmente a sentença em maio de 2025, consolidando o precedente sobre vendas casadas por agentes dominantes.³⁰

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.3.8 Conclusões preliminares sobre vendas casadas e pacotes

Todas as jurisdições reconhecem vendas casadas (tying) e pacotes (bundling) como condutas potencialmente abusivas quando praticadas por empresa dominante. A preocupação central é comum: a utilização de poder de mercado em um produto (produto vinculante) para estender essa posição a

³⁰ Fonte: <https://www.fne.gob.cl/corte-suprema-confirma-multa-de-us-28-millones-por-abuso-de-posicion-do-minante-a-cdf-y-le-ordena-cancelar-cuatro-practicas-comerciales-anticompetitivas/>

um mercado adjacente (produto vinculado), restringindo a liberdade de escolha dos consumidores e dificultando a atuação de concorrentes. Em todos os casos, a existência de dois produtos distintos e a coerção na aquisição conjunta são elementos relevantes da análise, e todas as jurisdições reconhecem que a oferta conjunta de produtos pode gerar eficiências legítimas.

As diferenças residem no grau de detalhamento e nos testes aplicados. A UE estabelece requisitos específicos (dois produtos distintos, dominância no produto vinculante, ausência de escolha para o cliente, capacidade de efeitos excludentes), admitindo presunção em certas circunstâncias. Os EUA rejeitam presunções de ilicitude e privilegiam análise baseada nos efeitos concretos, incluindo a capacidade de rivais igualmente eficientes competirem pela parcela contestável da demanda. O Japão adota critério funcional para identificar “outro produto” e abrange hipóteses de aftermarket. A Austrália permite enquadramento tanto pela Seção 46 (misuse of market power) quanto pela Seção 47 (exclusive dealing), a depender da estruturação da conduta. O Chile possui jurisprudência recente expressiva (CDF/TNT Sports, 2024, com multa de US\$ 27,6 milhões confirmada pela Corte Suprema em 2025). O México detalha extensamente os elementos indicativos que podem instruir denúncia por vendas casadas. O Reino Unido relaciona a prática ao exercício de direitos de propriedade intelectual como potencial alavancagem entre mercados.

Em vendas casadas e pacotes, a teoria de dano é a extensão do poder de mercado detido no produto vinculante para o mercado do produto vinculado, mediante coerção na aquisição conjunta, com potencial de excluir concorrentes que atuam isoladamente em um dos mercados.

Os fatores a investigar são a existência de dois produtos distintos com demanda separável, a dominância no produto vinculante, o grau de coerção efetivamente imposto ao cliente e a capacidade de efeitos excludentes sobre concorrentes igualmente eficientes no mercado vinculado. As evidências típicas incluem estudos de demanda que demonstrem a separabilidade dos produtos, dados sobre a evolução da participação de mercado de rivais no produto vinculado após a introdução do pacote, e, quando pertinente, comparação de preços entre a venda separada e a venda casada.

Eficiências de custo de produção ou distribuição conjunta, quando alegadas, exigem evidência quantitativa que as isole do efeito exclusionário.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.4 Recusa de contratar / fornecer

6.4.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 trata a recusa de contratar ou de fornecer como potencial conduta exclusionária abusiva quando seus efeitos prováveis forem o fechamento de mercado (foreclosure) ou

o enfraquecimento da concorrência.

O documento reconhece, contudo, que a recusa pode ser objetivamente justificada, como nos casos de baixa solvabilidade ou falta de idoneidade financeira do cliente. Importante ressaltar que mesmo quando existe justificativa objetiva, a empresa dominante deve demonstrar que sua conduta é proporcional ao objetivo buscado, requisito de proporcionalidade que não pode ser ignorado.

O guia também aborda o exercício de direitos de propriedade intelectual neste contexto, esclarecendo que o exercício legítimo de direitos de propriedade intelectual não configura, por si só, abuso. Contudo, a forma de exercício desses direitos pode levantar preocupações concorrenciais quando utilizada para impedir o desenvolvimento de novos mercados, especialmente em casos de recusa de licenciamento ou de fornecimento de insumos essenciais.

Como em todas as condutas, o OFT (hoje CMA) avalia recusas de fornecimento em base caso a caso, priorizando o efeito real ou provável sobre o processo competitivo e consumidores em detrimento da forma técnica da conduta.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.4.2 Japão

Conforme o Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) (Part. II, Item 5), a JFTC trata a recusa de contratar ou fornecer com cautela, partindo-se do princípio de que as empresas possuem, em regra, liberdade para escolher seus parceiros comerciais e definir as condições de fornecimento. Assim, a mera recusa de contratar ou a definição diferenciada de condições não é, por si só, considerada ilícita. Essa liberdade é entendida como parte do funcionamento normal do mercado e da autonomia empresarial.

Entretanto, essa discricionariedade encontra limites quando exercida de forma a ultrapassar um “grau razoável” (beyond reasonable degree) e produzir efeitos de exclusão. A conduta passa a ser potencialmente problemática quando envolve a recusa de fornecimento, restrições quantitativas ou qualitativas, ou tratamento discriminatório relativos a um insumo necessário para que clientes atuem no mercado a jusante, especialmente quando esses clientes não conseguem encontrar fornecedores alternativos. Nesses casos, a prática pode dificultar significativamente a atividade dos parceiros comerciais e comprometer a concorrência no mercado downstream, sendo enquadrada como conduta excludente.

Um elemento central da análise é a identificação de se o produto é indispensável e insubstituível para a atividade dos clientes e se é inviável sua obtenção por outros meios, como produção própria. Essa avaliação é particularmente relevante em mercados com fortes economias de escala, efeitos de rede ou infraestrutura limitada, nos quais o acesso ao insumo é crítico para a competição.

A JFTC também avalia se a conduta excede limites razoáveis com base em fatores como diferenças de custos, histórico de relacionamento e condições de mercado. Nem toda diferenciação ou recusa será considerada abusiva: por exemplo, distinções justificadas por volume de compras ou histórico comercial podem ser legítimas. Por outro lado, diferenças sem justificativa econômica plausível, especialmente quando afetam a capacidade competitiva dos clientes, tendem a ser vistas como problemáticas.

Além disso, a análise é conduzida por meio de fatores de análise, incluindo as condições dos mercados a montante e a jusante, a posição do agente fornecedor, a situação dos clientes afetados, a duração da conduta e suas condições concretas. Em particular, a prática é mais preocupante quando ocorre em mercados concentrados, quando o fornecedor tem forte posição ou quando a recusa é prolongada e afeta um número relevante de agentes.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.4.3 Estados Unidos

*No Capítulo 7 do relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**, o DOJ examinou as recusas unilaterais e incondicionais de contratar com concorrentes (unilateral, unconditional refusals to deal with rivals), abordando os limites da intervenção antitruste em situações nas quais uma empresa detentora de poder de mercado se recusa a vender produtos, licenciar direitos de propriedade intelectual, compartilhar infraestrutura ou disponibilizar ativos a rivais. O ponto de partida adotado pelo relatório foi o princípio tradicional do direito antitruste norte-americano segundo o qual, em regra, empresas possuem liberdade para escolher com quem desejam contratar, inexistindo um dever geral de negociar com concorrentes.*

*O relatório ressalta que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos historicamente reconheceu exceções limitadas a esse princípio, especialmente em situações envolvendo condutas exclusionárias capazes de preservar ou ampliar poder monopolístico. Contudo, o DOJ observa que a orientação mais recente da Suprema Corte, particularmente a partir do precedente *Verizon Communications Inc. v. Trinko* (2004), passou a adotar postura significativamente mais cautelosa em relação à imposição de deveres de compartilhamento compulsório entre concorrentes. Segundo o documento, a intervenção antitruste nesse contexto envolve riscos relevantes, pois a obrigação de fornecer acesso a produtos, ativos ou tecnologias pode reduzir os incentivos à inovação, ao investimento e ao desenvolvimento de novas infraestruturas, tanto para a empresa dominante quanto para seus potenciais concorrentes.*

O DOJ enfatiza que o objetivo do direito antitruste é a proteção do processo concorrencial e do bem-estar dos consumidores, e não a garantia de acesso de concorrentes específicos a ativos ou recursos controlados por empresas dominantes.

O relatório também dedica atenção à chamada doutrina das instalações essenciais (essential facilities doctrine), segundo a qual uma empresa dominante poderia ser obrigada a conceder acesso a ativos indispensáveis para a atuação de concorrentes. O DOJ adotou posição crítica em relação a essa teoria, afirmando que ela constitui um instrumento inadequado para determinar quando uma recusa unilateral de contratar efetivamente prejudica a concorrência. O documento destacou as dificuldades práticas de identificar quais ativos seriam verdadeiramente essenciais, bem como os problemas associados à definição judicial das condições de acesso e compartilhamento.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.4.4 Austrália

As Guidelines da ACCC tratam expressamente da recusa de contratar ou fornecer como uma das possíveis formas de misuse of market power, listada no item 3.2 do documento entre as tipologias com maior potencial de contravenção à Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) (ACCC, 2018, p. 8).

A análise das práticas ocorre no âmbito da Seção 46 do CCA e se concentra em verificar se a conduta, praticada por empresa com “substantial degree of power in a market”, possui propósito, efeito ou provável efeito de produzir substantial lessening of competition (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). As Guidelines reconhecem que empresas, em regra, possuem liberdade para escolher com quem contratar ou fornecer bens e serviços — inclusive em relação a concorrentes —, razão pela qual a simples recusa de contratar não é considerada ilícita per se, mesmo quando a empresa tenha substantial degree of market power (ACCC, 2018, p. 9).

No entanto, em circunstâncias limitadas, essa recusa pode constituir uso indevido de poder de mercado e violar a Seção 46 (ACCC, 2018, p. 9). Essa infração geralmente se materializa quando uma empresa possui substantial degree of market power sobre insumo fundamental (key input) e adota uma das seguintes estratégias: recusa direta, quando simplesmente se recusa a fornecer o insumo para concorrentes que atuam no mercado a jusante; ou recusa construtiva, quando afirma estar disposta a fornecer o insumo, mas impõe condições ou preços excessivamente altos que tornam a compra financeiramente inviável e irracional para qualquer concorrente (ACCC, 2018, p. 9).

O critério central para caracterizar a prática é verificar se o propósito, o efeito ou o provável efeito da recusa é impedir ou dificultar que os rivais consigam competir no mercado a jusante (ACCC, 2018, p. 9–10). As Guidelines também reconhecem que a recusa de contratar pode decorrer

de justificativas comerciais legítimas, afirmando que a rationale comercial da firma é fator relevante para a compreensão da conduta e para a avaliação de seu propósito e/ou efeito sobre a concorrência, sem que constitua defesa autônoma (ACCC, 2018, p. 7). Assim, o tratamento australiano da prática apresenta abordagem predominantemente effects-based e orientada pela preservação do competitive process, afastando-se de presunções automáticas de ilicitude (ACCC, 2018, p. 3).

Integrante responsável: Julio Campos

6.4.5 México

*Os documentos tratam expressamente de recusa de contratar ou fornecer como prática monopólica relativa. A conduta é descrita como a recusa unilateral de vender, comercializar ou fornecer bens ou serviços disponíveis e normalmente oferecidos a terceiros. A **Guía para Tramitar el Proceso de Investigación por Prácticas Monopólicas Relativas o Concentraciones Ilícitas** também trata da negativa de acesso a insumo essencial como hipótese específica. (CFC, 2018, p. 7; COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.4.6 União Europeia

Segundo o EU Draft Guidelines, recusa de fornecimento ocorre quando a empresa dominante recusa acesso a um insumo desenvolvido exclusiva ou principalmente para uso próprio. Os requisitos para a configuração do abuso são rigorosos: (a) o insumo é indispensável para que o solicitante possa concorrer, ou seja, não há substituto real ou potencial; e (b) a recusa é capaz de eliminar toda a concorrência por parte do solicitante. O limiar aplicável é muito elevado, refletindo o equilíbrio entre a proteção da concorrência e a liberdade contratual e os direitos de propriedade. A recusa construtiva também é abrangida, quando o acesso é concedido, mas em termos irrazoáveis ou impraticáveis. A recusa pode abranger insumos tangíveis e intangíveis, incluindo direitos de propriedade intelectual, infraestruturas de rede e dados. Em todos os casos, aplica-se o teste de indispensabilidade.

O EU 2023 Policy Brief enfatiza que a “recusa construtiva” — acesso concedido, mas sob condições injustas — não deve ser automaticamente equiparada à recusa total, conforme o caso Bronner, uma vez que nesses casos não se impõe uma obrigação de conceder acesso já concedido. Além disso, o requisito de indispensabilidade, segundo o padrão estabelecido no caso Bronner, tem âmbito mais restrito do que sugerido nas Orientações de 2008.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.4.7 Chile

O Guia de Restricciones Verticales (2014) da FNE não trata expressamente do tema.

A recusa de contratar é analisada no Chile sob a cláusula geral do Artigo 3º do DL 211, como possível conduta exclusionária de um agente dominante. O TDLC tem aplicado a doutrina das essential facilities em casos específicos, como no acordo extrajudicial FNE v. ATB (2024), em que uma empresa se recusou a conceder acesso ao seu terminal rodoviário a concorrentes no mercado a jusante de transporte de passageiros na cidade de La Serena. A empresa assumiu compromissos comportamentais e pagou US\$ 270.000. O TDLC também analisou a recusa de abertura de contas bancárias para empresas de criptomoedas (caso SURBTC v. Bancos, 2023), rejeitando, por ausência de provas, a alegação de que cada conta individual constituía facilidade essencial.

No caso SURBTC v. Bancos (criptomoedas), o TDLC esclareceu que, com base nas definições das autoridades financeiras chilenas, as criptomoedas não são atualmente substitutos do dinheiro tradicional, embora empresas cripto possam ser concorrentes potenciais dos bancos em certos serviços, como câmbio. O TDLC avaliou também a conduta individual de cada banco e concluiu que as decisões de não abrir contas estavam justificadas por razões legítimas de compliance e gestão de risco, não constituindo recusa abusiva. Este caso é relevante por estabelecer critérios para aplicação da doutrina de essential facilities e abuso coletivo de dominância no Chile.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.4.8 Conclusões preliminares sobre recusa de contratar ou fornecer

Todas as jurisdições partem do mesmo princípio fundamental: empresas possuem, em regra, liberdade para escolher seus parceiros comerciais, e a mera recusa de contratar não é, per se, ilícita. A intervenção antitruste justifica-se apenas em circunstâncias excepcionais, quando a recusa produz efeitos exclusionários no mercado a jusante, particularmente quando envolve insumo essencial ou indispensável para a atuação de concorrentes. Em todas as jurisdições, a análise considera a existência de alternativas, a indispensabilidade do insumo e os efeitos sobre o processo competitivo, reconhecendo também justificativas comerciais legítimas para a recusa.

As divergências concentram-se no grau de restrição imposto à obrigação de fornecer. Os EUA adotam a posição mais restritiva, com o DOJ expressamente crítico à doutrina das essential facilities e defendendo intervenção excepcionalíssima após o precedente Trinko (2004). A UE estabelece requisitos rigorosos (indispensabilidade do insumo e capacidade de eliminar toda a concorrência), mas reconhece a recusa construtiva como categoria autônoma. O Japão enquadra a conduta conjuntamente com o tratamento discriminatório, avaliando se a recusa excede o “grau razoável” de diferenciação comercial. A Austrália distingue recusa direta e recusa construtiva (condições ou preços excessivamente altos que tornam o fornecimento inviável). O Chile aplica a doutrina das essential facilities em

casos específicos (FNE v. ATB, 2024), mas rejeitou alegação análoga no caso SURBTC v. Bancos (2023). O México trata expressamente da negação de acesso a insumo essencial como hipótese específica. O Reino Unido menciona a conexão com direitos de propriedade intelectual e o requisito de proporcionalidade na justificativa.

A teoria de dano na recusa de contratar é a exclusão de concorrentes do mercado a jusante pela negativa de acesso a um insumo indispensável, controlado pela empresa dominante a montante, sem justificativa comercial legítima.

Os fatores a investigar incluem a indispensabilidade do insumo (ausência de alternativas reais ou potenciais), a capacidade de a recusa eliminar toda ou substancial parcela da concorrência no mercado a jusante, e a existência de justificativas objetivas para a recusa (capacidade limitada, risco de crédito, proteção de investimentos). As evidências centrais envolvem a análise da estrutura do mercado a montante (existência de fornecedores alternativos), estudos técnicos sobre a replicabilidade do insumo, e documentação comercial que evidencie (ou afaste) motivação exclusionária.

Jurisdições que adotam a doutrina das essential facilities de forma mais restritiva exigem, adicionalmente, prova de que o insumo é indispensável e não meramente conveniente para a atuação dos concorrentes.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.5 Descontos fidelidade / condicionais

6.5.1 Reino Unido

O guia trata descontos fidelidade ou condicionais como comportamento exclusionário, focando principalmente em seus efeitos econômicos no mercado. Afirma explicitamente que “certos esquemas de descontos” (certain discount schemes) podem constituir abuso quando seu efeito provável for o fechamento de mercado (foreclosure) para concorrentes. O guia enfatiza que para o OFT (hoje CMA) é mais importante o efeito provável da conduta sobre clientes e processo competitivo do que a forma específica que o desconto assume. Condutas que reduzem a intensidade da concorrência existente ou potencial são consideradas abusivas por prejudicarem consumidores indiretamente.

Esquemas de descontos também podem ser enquadrados na categoria de aplicar condições desiguais a transações equivalentes com outras partes comerciais, colocando-as em desvantagem competitiva (Article 82(c)). O OFT (hoje CMA) ressalta que a avaliação de se um esquema é abusivo depende das circunstâncias específicas de cada situação, sendo realizada análise caso a caso do mercado e da conduta. Como empresa em posição dominante possui responsabilidade especial de não prejudicar a concorrência, esquemas de descontos que visam fidelizar cliente impedindo contratação

com concorrentes podem ser vistos como exploração injustificável da posição de mercado.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.5.2 Japão

Conforme disposto no Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) (Part. II, Item 3 (3)), a JFTC confere tratamento específico aos chamados descontos condicionais de exclusividade (exclusive rebate-giving), reconhecendo que políticas de descontos desempenham, em princípio, um papel legítimo e frequentemente pró-competitivo nos mercados, ao estimular a demanda e permitir maior alinhamento dos preços às condições efetivas de oferta e procura. No entanto, segundo a autoridade japonesa, esses instrumentos podem assumir natureza excludente quando estruturados de modo a restringir, direta ou indiretamente, a aquisição de produtos concorrentes pelos parceiros comerciais.

Em particular, esse risco se materializa quando os descontos são condicionados ao atingimento de determinados patamares de compra — seja em termos absolutos (volume total adquirido) seja em termos relativos (proporção das compras realizadas junto ao fornecedor em relação ao total adquirido pelo cliente) — dentro de um período específico. Nessa hipótese, ainda que não exista uma cláusula formal de exclusividade, o desenho do incentivo econômico pode induzir o parceiro comercial a concentrar suas aquisições, reduzindo ou eliminando a demanda por produtos concorrentes. Desse modo, tais esquemas podem produzir efeitos equivalentes àqueles decorrentes de acordos de exclusividade stricto sensu.

A análise concorrencial dessa conduta centra-se, portanto, na sua aptidão para restringir o acesso de concorrentes aos canais de comercialização, avaliando-se se o mecanismo de descontos cria incentivos suficientemente fortes para alterar o comportamento dos parceiros comerciais. Nesse contexto, a JFTC considera, de forma integrada, aspectos estruturais e funcionais do desenho do desconto.

Dentre esses elementos destaca-se, inicialmente, o nível do benefício econômico oferecido: quanto maior o valor ou a taxa do desconto, maior tende a ser o seu poder de indução, ampliando a dependência do parceiro comercial em relação ao fornecedor. O nível dos limiares (thresholds) exigidos para a obtenção dos descontos é igualmente relevante, sobretudo quando fixados próximos ao limite máximo de aquisição viável pelo parceiro, hipótese em que o espaço econômico para aquisição de produtos rivais é significativamente reduzido. A individualização desses limiares por cliente — ajustando-os às características específicas de cada parceiro — também reforça o potencial excludente, na medida em que permite calibrar o incentivo de forma mais eficaz.

Adicionalmente, a estrutura progressiva dos descontos, na qual benefícios crescentes são concedidos à medida que aumentam os volumes adquiridos, intensifica o efeito de fidelização, elevando

o custo incremental de substituição por produtos concorrentes. Esse efeito pode ser ainda mais acentuado quando os descontos possuem caráter retroativo, isto é, quando, uma vez atingido determinado patamar, o benefício se aplica à totalidade das compras realizadas no período. Nessa hipótese, qualquer desvio marginal para um concorrente pode implicar a perda integral do desconto, criando um forte efeito de “trava” (suction effect) que desincentiva a diversificação das fontes de abastecimento.

Por fim, a JFTC reconhece que os descontos condicionais podem atuar não apenas como substitutos, mas também como mecanismos complementares para reforçar acordos de exclusividade, aumentando sua eficácia prática. Em todos os casos, o elemento central da análise reside na verificação de seus efeitos econômicos, especialmente quanto à sua capacidade de dificultar, para concorrentes igualmente eficientes, o acesso aos clientes e, assim, comprometer o processo competitivo.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.5.3 Estados Unidos

*No Capítulo 6 do relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**, o DOJ analisou os descontos de fidelidade (loyalty discounts) concedidos por empresas dominantes e condicionados à aquisição de determinado volume ou percentual das necessidades do comprador. O documento reconheceu que tais práticas são, em regra, pró-competitivas, pois reduzem preços, aumentam a produção e podem gerar eficiências econômicas. Por essa razão, o relatório adota uma postura cautelosa quanto à sua condenação sob a Seção 2 do Sherman Act.*

Não obstante, o DOJ admitiu que descontos de fidelidade podem produzir efeitos exclusivistas em situações específicas, especialmente quando estruturados de forma a induzir os clientes a concentrar parcela substancial de suas compras na empresa dominante, dificultando que concorrentes alcancem escala eficiente ou disputem a parcela contestável da demanda. Diante disso, o relatório defendeu que a análise deve priorizar critérios semelhantes aos utilizados em casos de preço predatório, verificando se o preço efetivo permanece acima de uma medida adequada de custos, sem descartar a avaliação de eventuais efeitos de fechamento de mercado (foreclosure).

Em síntese, o DOJ conclui que os descontos de fidelidade devem ser presumidos lícitos na maior parte dos casos, somente justificando intervenção antitruste quando houver evidências de fechamento substancial do mercado e prejuízo efetivo ou provável à concorrência, considerados também os ganhos de eficiência e os benefícios gerados aos consumidores.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.5.4 Austrália

As Guidelines da ACCC tratam expressamente descontos fidelidade ou condicionais (loyalty rebates / conditional discounts) como uma das possíveis formas de misuse of market power, listada no item 3.2 do documento entre as tipologias com maior potencial de contravenção à Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) (ACCC, 2018, p. 8). Cabe pontuar que descontos incondicionais — que apenas reduzem o preço sem impor metas ao cliente — normalmente só levantarão preocupações concorrenciais se o valor cobrado for tão baixo que configure a prática de preços predatórios, tratada no mesmo item 3.2 das Guidelines e analisada no tópico 6.1.4 deste documento (ACCC, 2018, p. 12).

A análise da prática ocorre no âmbito da Seção 46 do CCA e se concentra em verificar se a conduta, praticada por empresa com “substantial degree of power in a market”, possui propósito, efeito ou provável efeito de produzir substantial lessening of competition (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). As Guidelines reconhecem que descontos e incentivos comerciais normalmente constituem instrumentos legítimos de concorrência e podem gerar benefícios econômicos aos consumidores — inclusive quando praticados por empresas com substantial degree of market power, pois representam, nesses casos, manifestação dos benefícios do próprio processo competitivo (ACCC, 2018, p. 11).

De forma geral, a ACCC considera fatores relacionados ao grau de poder de mercado da empresa, à estrutura e dinâmica concorrencial do mercado e aos potenciais efeitos exclusionários da prática. No caso específico de loyalty rebates, as Guidelines destacam que o problema concorrencial se manifesta em circunstâncias específicas, especialmente quando uma empresa com substantial degree of market power oferece descontos condicionados ao atingimento de determinadas metas comerciais (ACCC, 2018, p. 11–12). Como exemplo, as Guidelines mencionam descontos de fidelidade ou por volume condicionados à aquisição, pelo varejista, de grande proporção de suas necessidades junto à empresa dominante — estrutura que cria incentivos para que os varejistas aumentem suas compras junto à firma e dificulta que concorrentes ofereçam desconto equivalente ou superior, dado o risco de perda do desconto já aplicado sobre toda a base de compras (ACCC, 2018, p. 11–12). O potencial efeito anticompetitivo da prática decorre justamente da possibilidade de fechamento de mercado (foreclosure), dificultando o acesso de fornecedores concorrentes aos clientes.

Contudo, as Guidelines também reconhecem que programas de descontos podem decorrer de justificativas comerciais legítimas e que a rationale comercial da firma é fator relevante para a compreensão da conduta e para a avaliação de seu propósito e/ou efeito sobre a concorrência, sem que constitua defesa autônoma (ACCC, 2018, p. 7 e p. 11). Assim, o tratamento australiano da prática apresenta abordagem predominantemente effects-based e orientada pela preservação do competitive process, afastando-se de presunções automáticas de ilicitude (ACCC, 2018, p. 3).

Integrante responsável: Julio Campos

6.5.5 México

*Os documentos tratam expressamente de descontos fidelidade ou condicionais como prática monopólica relativa. A conduta é descrita como concessão de descontos, incentivos ou benefícios condicionados à não utilização, aquisição, venda, comercialização ou fornecimento de bens ou serviços de terceiros. **Prácticas Monopólicas Relativas** também associa descontos seletivos a possíveis condutas discriminatórias. (CFC, 2018, p. 7; COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.5.6 União Europeia

O EU Draft Guidelines trata detalhadamente dos descontos condicionais, distinguindo descontos por volume, descontos por participação de mercado, descontos por crescimento, retroativos versus incrementais, e individualizados versus padronizados.

A avaliação examina se o esquema se afasta da concorrência pelo mérito e se é capaz de produzir efeitos excludentes. O teste de preço-custo pode ser utilizado como instrumento analítico. Descontos de exclusividade são presumidos como tendo efeitos excludentes, sem necessidade de análise econômica adicional, em linha com o entendimento firmado no caso Intel (C-413/14 P).

Para outros descontos condicionais, a análise considera: o efeito de sucção, a parcela contestável versus não contestável do mercado, os mecanismos de reforço da lealdade e a capacidade de um concorrente igualmente eficiente de compensar o desconto. O teste do concorrente igualmente eficiente pode ser utilizado como ferramenta analítica.

O guia trata os descontos em duas seções distintas, com regimes jurídicos diferentes: (i) acordos de exclusividade, que incluem descontos sujeitos a condição de exclusividade, ou seja, condicionados à compra pelo cliente da totalidade ou maior parte das suas necessidades à empresa dominante, sendo sujeitos a presunção de efeitos exclusionários; e (ii) descontos condicionais não sujeitos a obrigações de compra exclusiva, ou seja, descontos que não estão condicionados à compra da totalidade ou maior parte das necessidades à empresa dominante, não sujeitos a presunção e que exigem demonstração concreta de efeitos.

Os descontos condicionais não sujeitos a obrigações de compra exclusiva correspondem a um sistema de descontos ou outras vantagens (monetárias ou não monetárias) concedidas por uma empresa em posição dominante aos seus clientes para os recompensar por um determinado comportamento de compra, mas que não estão condicionados à compra da totalidade ou da maior parte das suas necessidades à empresa em posição dominante.

A característica habitual de um desconto condicional consiste na concessão ao cliente de um desconto ou vantagem se as compras por ele efetuadas, durante um período de referência definido,

excederem um determinado limiar. Os descontos condicionais podem estar associados à compra de um produto (“descontos sobre um produto único”) ou de dois ou mais produtos diferentes (“descontos multiprodutos”).

Os descontos condicionais são uma prática comercial comum. As empresas podem oferecer tais descontos para atrair mais procura e, conseqüentemente, podem estimular a procura e beneficiar os consumidores. No entanto, quando concedidos por uma empresa em posição dominante, e consoante as circunstâncias, esses descontos podem infringir o disposto no artigo 102.º do TFUE.

Para apreciar o caráter abusivo de um sistema de descontos condicionais, é necessário demonstrar que o sistema de descontos se afasta da concorrência com base no mérito e é suscetível de produzir efeitos de exclusão. Para determinar se um sistema de descontos condicionais é suscetível de produzir efeitos de exclusão, é necessário analisar todas as circunstâncias jurídicas e econômicas pertinentes. Os elementos geralmente pertinentes incluem: (i) posição dominante, (ii) proporção do mercado afetada, (iii) importância e transparência do desconto, (iv) retroatividade, (v) individualização, (vi) duração do período de referência, e (vii) teste preço-custo.

Os descontos multiprodutos, em que a empresa dominante comercializa conjuntamente dois ou mais produtos distintos com incentivo (desconto) em relação à aquisição separada, são sujeitos a regime análogo: as orientações da jurisprudência em matéria de acordos de exclusividade e descontos condicionais aplicam-se por analogia, conforme os casos.

O EU 2023 Policy Brief não fornece uma definição de descontos condicionais nem uma tipologia. Trata o tema exclusivamente sob o prisma da aplicabilidade do teste do concorrente igualmente eficiente, distinguindo entre tipos de descontos para esse fim específico.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.5.7 Chile

O Guia de Restricciones Verticales (2014) da FNE menciona (p.16) que, no caso de descontos condicionais, será dada especial atenção à forma como os descontos são estruturados (incrementais ou retroativos, sendo os retroativos o formato mais lesivo à concorrência) e as metas (percentagem de compras efetuadas ou objetivos numéricos, que, por sua vez podem ser individuais, personalizados ou gerais - com metas em termos gerais de compra sendo considerados a opção menos restritiva à concorrência), bem como ao grau de certeza relativamente a ambos. Nesse ponto, quanto maior a incerteza, maior a possibilidade de efeitos exclusionários, já que, para assegurar o desconto, os clientes se veriam obrigados a comprar o maior volume possível da empresa ofertando os descontos.

Descontos fidelidade ou retroativos são analisados no Chile sob a ótica de possível abuso de posição dominante (Art. 3º, alínea b) do DL 211. O caso FNE/Envía v. Correos de Chile (2021–2024) é o principal precedente: o TDLC condenou a Correos por implementar descontos retroativos exclu-

sionários no mercado de serviços postais para clientes corporativos, avaliando o caso sob regra da razão. Contudo, em maio de 2024, a Corte Suprema reverteu a decisão, concluindo que não houve comprovação de que os descontos compeliem a lealdade dos clientes ou resultavam na exclusão efetiva da concorrente do mercado relevante, nem que impediram sua operação em escala mínima eficiente.

A reversão pela Corte Suprema no caso Correos de Chile é particularmente relevante para o marco analítico de descontos fidelidade no Chile. A Corte concluiu que não havia evidência de que: (i) os Correos detivessem posição dominante no mercado relevante; (ii) os descontos retroativos compelissem a lealdade dos clientes; (iii) os descontos resultassem na exclusão efetiva da Envía do mercado relevante; ou (iv) impedissem a Envía de operar em escala mínima eficiente. Alguns acadêmicos questionaram as conclusões da Corte, argumentando que o padrão probatório adotado pode ter sido excessivamente rigoroso para demonstrar efeitos exclusionários. Este caso sugere que a Corte Suprema pode adotar posição mais restritiva que o TDLC na avaliação de condutas de desconto como abuso de posição dominante.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.5.8 Conclusões preliminares sobre descontos fidelidade e condicionais

Todas as jurisdições reconhecem que descontos fidelidade ou condicionais podem constituir conduta abusiva quando estruturados de forma a induzir clientes a concentrar suas compras na empresa dominante, dificultando o acesso de concorrentes. Há consenso de que políticas de descontos são, em princípio, pró-competitivas e frequentemente geram benefícios aos consumidores, devendo a intervenção ser reservada a situações em que o esquema produz efeitos de fechamento de mercado. Elementos como o nível dos limiares, a retroatividade, a duração do período de referência e a individualização por cliente são considerados relevantes em múltiplas jurisdições.

As divergências são significativas quanto ao padrão de prova e presunções. A UE distingue entre descontos de exclusividade (presunção de efeitos excludentes, conforme caso Intel) e descontos condicionais não exclusivos (análise concreta exigida), com detalhamento sofisticado de tipologias. Os EUA adotam postura mais permissiva, presumindo licitude dos descontos e preferindo testes baseados em custos semelhantes aos de preço predatório. O Japão analisa com profundidade o efeito de “trava” (suction effect) dos descontos retroativos e progressivos, focando na redução do espaço econômico para produtos rivais. A Austrália trata a matéria pela cláusula geral da Seção 46, com ênfase no teste de SLC. O Chile apresenta jurisprudência dividida: o TDLC condenou descontos retroativos exclusionários no caso Correos de Chile, mas a Corte Suprema reverteu em 2024, adotando padrão probatório mais rigoroso. O México tipifica expressamente a conduta, vinculando-a a condições de não aquisição de produtos de terceiros.

A teoria de dano nos descontos fidelidade é o efeito de fechamento de mercado (foreclosure)

decorrente da indução, por meio de incentivos financeiros, à concentração das compras do cliente na empresa dominante, dificultando que concorrentes atinjam escala mínima viável.

Os fatores a investigar incluem o nível dos limiares de desconto, a retroatividade do esquema (se o desconto se aplica a todas as compras do período ou apenas às unidades marginais), a duração do período de referência e o grau de individualização do desconto por cliente. As evidências relevantes incluem a reconstrução do “preço efetivo” pago pelo cliente na margem contestável (via testes do tipo as-efficient-competitor), dados sobre a evolução da participação de mercado de rivais e depoimentos ou documentos de clientes sobre o efeito prático do esquema em suas decisões de compra.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.6 Margin squeeze (compressão de margens)

6.6.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 não menciona explicitamente o termo “margin squeeze” ou “compressão de margens”. Contudo, estabelece princípios gerais e categorias de conduta sob as quais essa prática se enquadraria. O documento deixa claro que a lista de abusos no Competition Act 1998 e no EC Treaty é exemplificativa e não exaustiva, sendo o ponto central se a empresa está usando sua posição dominante para restringir a concorrência ou explorar o mercado de forma injustificada.

Uma prática como compressão de margens seria classificada como comportamento exclusivista (exclusionary behaviour), definido como conduta que remove ou enfraquece concorrência de competidores existentes ou estabelece barreiras para novos. O guia enfatiza que a análise do OFT (hoje CMA) foca mais no efeito provável da conduta do que em sua forma específica: se uma estratégia de preços resultar em fechamento de mercado (foreclosure) para rivais ou redução da intensidade competitiva, será considerada abusiva.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.6.2 Japão

A autoridade japonesa não trata o margin squeeze (compressão de margens) como uma categoria autônoma e nominada. Na verdade, ela permite enquadrá-la, conforme o caso, no âmbito de recusa de fornecimento e tratamento discriminatório a montante, quando a política de preços ou condições comerciais de um agente verticalmente integrado dificulta, além de grau razoável, a atuação de concorrentes a jusante.

O Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusivista (Guidelines for Exclusionary)

nary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) (Part. II, Item 5 (1)), permite enquadrar a prática de margin squeeze (compressão de margens) no contexto de relações verticais em que um mesmo agente econômico atua simultaneamente em níveis distintos da cadeia produtiva. Em particular, a situação relevante ocorre quando uma empresa opera a montante, fornecendo insumos ou serviços essenciais, e, ao mesmo tempo, concorre a jusante com seus próprios clientes nesse mercado dependente.

Nesse cenário, a preocupação concorrencial surge quando o agente integrado verticalmente estrutura seus preços de modo a comprometer a viabilidade econômica de concorrentes a jusante, o que, segundo a autoridade japonesa, pode se dar tanto pela fixação de preços elevados no mercado a montante quanto pela adoção de preços baixos no mercado a jusante (ou, ainda, por uma combinação de ambos) de forma a reduzir a margem disponível para os concorrentes que dependem do insumo fornecido. A conduta é considerada problemática quando a diferença entre o preço de fornecimento a montante e o preço praticado a jusante é tão reduzida que impede que clientes concorrentes possam operar de maneira economicamente racional e eficiente.

A JFTC indica, contudo, que a análise dessa prática não constitui uma categoria autônoma, sendo enquadrada a partir dos mesmos critérios aplicáveis a outras condutas verticais potencialmente excludentes, como discriminação e recusa de contratar. Assim, a avaliação do margin squeeze concentra-se menos na forma da conduta e mais em seus efeitos econômicos, especialmente na sua capacidade de excluir concorrentes ou impor obstáculos significativos à sua atuação.

Desse modo, o elemento central da análise reside na verificação de se a política de preços adotada pelo agente verticalmente integrado impede que concorrentes igualmente eficientes no mercado a jusante consigam competir de forma sustentável. Caso se conclua que a compressão de margens tem esse efeito, a prática pode ser qualificada como conduta excludente à luz da Antimonopoly Act japonesa.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.6.3 Estados Unidos

O documento Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act não tratou da prática de margin squeeze (compressão de margens).

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.6.4 Austrália

As Guidelines da ACCC tratam expressamente da prática de margin squeeze (compressão de margens) como uma das possíveis formas de misuse of market power, listada no item 3.2 do docu-

mento entre as tipologias com maior potencial de contravenção à Seção 46 do *Competition and Consumer Act 2010* (“CCA”) (ACCC, 2018, p. 8). As *Guidelines* apontam que a conduta pode ocorrer quando uma empresa verticalmente integrada, detentora de *substantial degree of market power* em mercado upstream, pode desvantajear seus concorrentes no mercado downstream ao reduzir a margem disponível a esses rivais — por exemplo, cobrando-lhes, pelo insumo essencial, preço que torna inviável a oferta de preço competitivo no mercado a jusante (ACCC, 2018, p. 13).

A análise da prática ocorre no âmbito da Seção 46 do CCA e se concentra em verificar se a conduta, praticada por empresa com “*substantial degree of power in a market*”, possui propósito, efeito ou provável efeito de produzir *substantial lessening of competition* (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). As *Guidelines* reconhecem que empresas verticalmente integradas podem legitimamente definir preços e condições comerciais de seus produtos e serviços ao longo da cadeia de fornecimento, razão pela qual a compressão de margens não é considerada ilícita per se (ACCC, 2018, p. 13).

De forma geral, a ACCC considera fatores relacionados ao grau de poder de mercado da empresa, à estrutura e dinâmica concorrencial do mercado e aos potenciais efeitos exclusionários da prática. No caso específico de *margin squeeze*, as *Guidelines* destacam preocupações quando a empresa dominante verticalmente integrada cobra de seus concorrentes no mercado downstream preços elevados pelo insumo essencial fornecido no mercado upstream, em níveis que inviabilizam a atuação competitiva dos rivais no mercado downstream — por exemplo, em valor semelhante ao preço que o próprio agente cobra pelo produto final no mercado downstream (ACCC, 2018, p. 13).

Como os concorrentes downstream dependem substancialmente desse insumo e possuem fontes alternativas limitadas de suprimento, a prática possui potencial de impedir que rivais igualmente eficientes consigam competir de forma efetiva no mercado (ACCC, 2018, p. 13). Mais uma vez, isso reflete o objetivo da Seção 46 do CCA de proteger o *competitive process*, sob abordagem predominantemente *effects-based* e orientada pelos efeitos concorrenciais da conduta (ACCC, 2018, p. 3).

Integrante responsável: Julio Campos

6.6.5 México

Os guias da COFECE tratam expressamente de *margin squeeze* como prática monopólica relativa, sob a denominação “*estrechamiento de márgenes*”. A conduta é descrita como a redução da margem entre o preço de acesso a um insumo essencial e o preço do bem ou serviço final produzido com esse mesmo insumo. ***Prácticas Monopólicas Relativas*** não destaca expressamente essa categoria. (COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.6.6 União Europeia

De acordo com o EU Draft Guidelines, compressão de margens ocorre quando uma empresa verticalmente integrada estabelece preços a montante e/ou a jusante que impedem concorrentes igualmente eficientes no mercado a jusante de operar de forma lucrativa.

Os requisitos são: (a) empresa verticalmente integrada e dominante no mercado a montante; (b) diferença (spread) entre o preço a montante e o preço a jusante insuficiente para que concorrentes igualmente eficientes operem lucrativamente; (c) conduta capaz de produzir efeitos excludentes.

O requisito previsto na condição (a) exige que uma empresa verticalmente integrada, independentemente da forma efetiva de integração (empresa única, divisões distintas, sociedades separadas controladas pelo mesmo grupo etc.), venda um produto a empresas num mercado a montante em que detenha uma posição dominante e concorra com essas mesmas empresas num mercado a jusante em que o produto seja um fator de produção. Não é necessário que a empresa detenha também uma posição dominante no mercado a jusante para que exista uma compressão de margens abusiva.

O requisito previsto na condição (b) exige que se demonstre, por meio de um teste preço-custo, que o spread entre o preço que a empresa dominante cobra aos concorrentes a montante e o preço que cobra aos seus clientes a jusante é negativo ou insuficiente para que os concorrentes tão eficientes quanto a empresa dominante cubram os custos específicos que essa empresa tem de suportar para fornecer os seus produtos a jusante. A análise é realizada em duas etapas: se o spread for negativo, o teste preço-custo não é satisfeito e não é necessário considerar os custos a jusante em detalhe. Se, por outro lado, o spread for positivo, é necessária uma segunda etapa da análise para determinar se o spread é suficiente para cobrir os custos específicos do produto da empresa dominante a jusante. Se o spread não for suficiente, ou seja, se resultar numa margem negativa, o teste preço-custo não é satisfeito.

O requisito previsto na condição (c) exige que a compressão de margens seja capaz de produzir efeitos de exclusão, por exemplo, dificultando ou impossibilitando a entrada de concorrentes no mercado em causa. A este respeito, não é necessário demonstrar que o fator de produção a montante é indispensável para que os concorrentes exerçam concorrência a jusante. Por outro lado, quanto mais importante for o fator de produção para assegurar uma concorrência efetiva a jusante, mais provável será que o comportamento seja suscetível de produzir efeitos de exclusão.

Para que uma compressão de margens seja abusiva, não é necessário demonstrar que os preços a montante do fator de produção são em si mesmos excessivos ou que os preços a jusante são em si mesmos predatórios. Além disso, não é necessário demonstrar que a empresa dominante é capaz de recuperar quaisquer perdas que possa sofrer para comprimir as margens dos seus concorrentes.

A compressão de margens é geralmente demonstrada mostrando, por meio de um teste preço-custo, que o ramo a jusante da empresa dominante não poderia operar de forma rentável com base

no preço a montante cobrado aos seus concorrentes a jusante e no preço a jusante cobrado pelo ramo a jusante da empresa dominante.

O EU 2023 Policy Brief não apresenta uma definição própria de compressão de margens nem detalha seus elementos constitutivos. Sua contribuição é de natureza qualificatória e sistêmica: esclarece o status jurídico da compressão de margens como abuso autônomo e a não aplicabilidade dos critérios Bronner. As Orientações sobre Prioridades de Aplicação de 2008 consideravam os abusos de compressão de margens como um tipo específico de recusa de fornecimento e, conseqüentemente, estabeleciam que a apreciação de se dar prioridade a um caso de compressão de margens deveria também satisfazer os chamados critérios Bronner. O EU 2023 Policy Brief afirma que a compressão de margens é um abuso autônomo, e não um subtipo de recusa de fornecimento; portanto, os critérios Bronner não se aplicam.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.6.7 Chile

O Guía de Restricciones Verticales (2014) da FNE não trata expressamente do tema.

O DL 211 não contém definição expressa de margin squeeze, mas a conduta pode ser enquadrada na cláusula geral do Artigo 3º como abuso de posição dominante. A submissão chilena à OCDE sobre Margin Squeeze (2009) detalha o marco analítico: aplica-se a situações em que o controlador de uma facilidade essencial ou insumo, com posição dominante, busca reservar para si segmentos de um mercado a jusante. O marco regulatório setorial de telecomunicações (Lei Nº 18.168) não contém definição expressa de margin squeeze, mas proíbe a transferência de custos de atividades não reguladas para atividades reguladas. A análise segue a regra da razão, sem tratamento per se.

Na submissão à OCDE (2009), a FNE esclareceu que o margin squeeze pode ser analisado como uma forma extrema de conduta exclusionária ou por meio da figura do abuso de posição dominante. Os setores mais suscetíveis são os de telecomunicações, energia elétrica e infraestrutura de rede, nos quais existem operadores verticalmente integrados que controlam insumos essenciais a montante. Na prática, diversos casos no setor elétrico (2024) envolveram alegações de condutas unilaterais por agentes verticalmente integrados, embora nem todos tenham resultado em condenação. A FNE destaca a ausência de um marco de contabilidade regulatória que permita a separação de custos entre atividades reguladas e não reguladas, o que dificulta a identificação de subsídios cruzados e compressão de margens.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.6.8 Conclusões preliminares sobre margin squeeze

A maioria das jurisdições analisadas reconhece o margin squeeze como conduta potencialmente abusiva no contexto de empresas verticalmente integradas que controlam insumo essencial a montante e concorrem no mercado a jusante. A preocupação central é compartilhada: a pressão por preços que reduz a margem disponível para concorrentes no mercado downstream a ponto de inviabilizar sua atuação competitiva. Onde a conduta é tratada, prevalece abordagem effects-based, analisando se a política de preços impede concorrentes igualmente eficientes de operar de forma sustentável.

A principal divergência reside no status da conduta: a UE trata margin squeeze como abuso autônomo (distinto de recusa de fornecimento), dispensando demonstração de indispensabilidade do insumo e de recuperação, e aplicando teste preço-custo em duas etapas (spread negativo e margem insuficiente). Os EUA não trataram da conduta no relatório analisado. O Japão não a reconhece como categoria autônoma, enquadrando-a nos critérios de recusa de fornecimento e tratamento discriminatório. A Austrália a reconhece como tipologia específica no guia da ACCC, analisando-a sob a Seção 46 com foco em efeitos. O México a tipifica expressamente como “estrechamiento de márgenes” nos guias da COFECE. O Chile a enquadra na cláusula geral do DL 211, com discussão concentrada em setores regulados (telecomunicações e energia). O Reino Unido não menciona expressamente o termo, embora os princípios gerais de conduta exclusionária permitam seu enquadramento.

No margin squeeze, a teoria de dano pressupõe uma empresa verticalmente integrada que controla insumo essencial a montante e compete no mercado a jusante, fixando preços de forma que a margem restante para concorrentes igualmente eficientes seja insuficiente para sustentar operação lucrativa.

Os fatores a investigar são o preço cobrado pelo insumo a montante, o preço praticado no mercado a jusante e os custos de um concorrente hipotético igualmente eficiente, para fins do teste preço-custo (spread test). As evidências centrais são, portanto, essencialmente contábeis e financeiras: estruturas de custo, margens por segmento e simulações de viabilidade econômica para um entrante ou concorrente hipotético.

Nas jurisdições em que a conduta não é autonomizada, a mesma evidência é reaproveitada sob as rubricas de recusa de contratar/fornecer ou tratamento discriminatório.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.7 Discriminação

6.7.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 trata a discriminação como uma forma clássica de abuso de posição dominante, fundamentada no Article 82(c) do EC Treaty e na Chapter II prohibition do Competition

Act 1998, caracterizada pela aplicação de condições desiguais a transações equivalentes, colocando determinados parceiros comerciais em desvantagem competitiva.

O documento destaca que a análise do abuso depende principalmente dos efeitos da conduta sobre a concorrência e os consumidores, e não apenas de sua forma. Assim, a discriminação pode ser abusiva tanto por impactar diretamente consumidores, por exemplo, mediante preços diferenciados injustificados, quanto por reduzir a intensidade concorrencial ao favorecer certos agentes em detrimento de outros.

Embora a aplicação de condições desiguais esteja expressamente prevista como exemplo de abuso no Article 82(c), o guia ressalta que a lista legal não é exaustiva. O ponto central da análise é verificar se a empresa dominante utiliza seu poder de mercado de forma injustificada para explorar agentes econômicos ou restringir a concorrência.

O guia também reconhece que práticas discriminatórias podem possuir justificativa objetiva. Nesses casos, a empresa dominante deve demonstrar que a conduta é proporcional ao objetivo buscado. Em linha com a jurisprudência europeia, o OFT (hoje CMA) reforça que empresas dominantes possuem responsabilidade especial de não adotar comportamentos que prejudiquem a concorrência efetiva no mercado. A discriminação é tratada como comportamento que pode ser tanto exploratório quanto exclusionário, sendo avaliada caso a caso com foco no dano que a desigualdade de condições causa ao ambiente competitivo e consumidores.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.7.2 Japão

Nos guias analisados, a discriminação aparece de forma mais clara e estruturada no Guia substantivo sobre monopolização privada exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act), especialmente no capítulo sobre recusa de fornecer e tratamento discriminatório, em que a JFTC examina diferenças de tratamento em fornecimento e condições de negociação que possam dificultar a atuação de rivais ou parceiros comerciais no mercado a jusante.

A conduta é tratada, assim, como uma categoria ampla de condutas que pode assumir diferentes formas - notadamente discriminação de preços (discriminatory consideration) e discriminação nas condições de negociação (discriminatory treatment) -, sendo analisada sempre a partir de seus efeitos sobre o processo competitivo. A JFTC adota, de modo consistente, uma abordagem baseada em efeitos e fortemente contextual, distinguindo práticas legítimas de diferenciação comercial daquelas que possuem caráter excludente.

Em primeiro lugar, a JFTC reconhece que a diferenciação de preços e condições contratuais é, em si mesma, um fenômeno comum e frequentemente legítimo nas economias de mercado.

Variações de preço podem refletir fatores objetivos, como volume de compras, condições logísticas, termos de pagamento ou diferenças regionais na relação entre oferta e demanda. Nesses casos, a discriminação não é considerada problemática do ponto de vista concorrencial, desde que fundada em justificativas econômicas razoáveis e não produza efeitos distorcivos relevantes.

Todavia, a análise se altera quando a discriminação é praticada por um agente com posição relevante no mercado e carece de justificativa econômica plausível, passando a afetar negativamente a capacidade competitiva de determinados parceiros comerciais. Nessa hipótese, a conduta pode ser enquadrada como ilícita, sobretudo quando tende a causar dificuldades substanciais às atividades de concorrentes ou parceiros discriminados, prejudicando a dinâmica concorrencial.

Essa preocupação se torna particularmente relevante no contexto de relações verticais, em que a discriminação é examinada em conjunto com práticas como recusa de fornecimento. A JFTC parte do princípio de que as empresas possuem, em regra, liberdade para escolher seus parceiros comerciais e definir as condições de fornecimento. Contudo, essa discricionariedade encontra limites quando exercida de forma a restringir, além de um grau considerado razoável, o acesso a insumos ou condições de mercado essenciais para a atuação no nível a jusante.

Nesse sentido, a discriminação de condições ou preços no mercado a montante pode configurar conduta excludente quando recai sobre produtos considerados necessários para a atuação dos clientes no mercado a jusante, isto é, bens ou serviços insubstituíveis ou cuja obtenção por meios próprios seja inviável. Nesses casos, se os parceiros comerciais afetados não dispõem de fornecedores alternativos viáveis, a imposição de condições discriminatórias pode comprometer sua capacidade de operar de forma competitiva.

A noção de “grau excessivo” (beyond reasonable degree) desempenha papel central nessa análise. A JFTC avalia se a diferença de tratamento ultrapassa o que seria justificável com base em fatores objetivos, como custos ou histórico comercial. Por exemplo, diferenças significativas de preço que não se expliquem por economias de escala ou outras variáveis legítimas tendem a ser consideradas problemáticas. Por outro lado, distinções baseadas em relações comerciais consolidadas ou em condições objetivas de fornecimento podem ser admitidas.

Adicionalmente, a autoridade considera situações em que a discriminação de preços no mercado a montante se traduz em desvantagens competitivas concretas no mercado a jusante. Isso ocorre, por exemplo, quando determinados compradores enfrentam custos mais elevados do que seus concorrentes (ou até mesmo superiores aos preços finais praticados por rivais ou pelo próprio fornecedor integrado verticalmente), tornando inviável a competição por meio de estratégias comerciais economicamente racionais. Nessas circunstâncias, a discriminação pode ter efeitos equivalentes a práticas excludentes clássicas, como a compressão de margens (margin squeeze).

A avaliação da JFTC é estruturalmente contextual e multifatorial. A autoridade examina não apenas a existência formal de diferenciação, mas sobretudo seus efeitos sobre o mercado, levando

em conta fatores como a estrutura dos mercados a montante e a jusante, o grau de concentração, as características dos produtos, a existência de barreiras à entrada, a posição relativa das empresas envolvidas e a duração e intensidade da conduta. Também são considerados a intenção e o propósito do agente, bem como as condições específicas das transações.

Portanto, a JFTC não trata a discriminação como ilícita per se, mas como uma prática cujo enquadramento depende de sua racionalidade econômica e de seus efeitos concretos sobre a concorrência. A distinção fundamental reside entre, de um lado, diferenciações legítimas, alinhadas a custos e condições de mercado, e, de outro, discriminações estratégicas que, ao afetarem o acesso a insumos ou condições competitivas, são capazes de excluir concorrentes ou enfraquecer significativamente a rivalidade no mercado.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.7.3 Estados Unidos

O documento Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act não tratou da prática discriminação diretamente.

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.7.4 Austrália

As Guidelines da ACCC não tratam da discriminação como categoria autônoma de misuse of market power; não a incluindo entre as tipologias listadas no item 3.2 do documento (ACCC, 2018, p. 8). Condutas potencialmente discriminatórias praticadas por empresas com substantial degree of market power são analisadas pela cláusula geral da Seção 46 do CCA, mediante verificação de propósito, efeito ou provável efeito de SLC em mercado relevante (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295), afastando-se de presunções de ilicitude fundadas na mera diferenciação de tratamento.

Apesar da ausência de categoria autônoma, práticas com componente discriminatório são alcançadas pelas tipologias das Guidelines: o Exemplo 4 descreve exigência de termos preferenciais de fornecedores como condição de aquisição — discriminação entre rivais downstream (ACCC, 2018, p. 10); o Exemplo 7, relativo a margin squeeze, envolve cobrança diferenciada de insumo em condições que inviabilizam a atuação competitiva de concorrentes (ACCC, 2018, p. 13); discriminação no fornecimento de insumos pode configurar refusal to deal construtiva quando os termos oferecidos não seriam aceitos por nenhum agente razoável (ACCC, 2018, p. 9). Discriminações condicionadas ao volume ou à exclusividade podem ainda ser examinadas como loyalty rebates ou exclusive dealing sob a Seção 47 do CCA. A análise segue a estrutura geral da Seção 46, considerando poder de mercado, dinâmica concorrencial e efeitos exclusionários da conduta (ACCC, 2018, p. 18), reconhecendo que a diferenciação de preços é, em regra, parte do processo competitivo legítimo (ACCC, 2018, p. 15).

Em síntese, o regime australiano não autonomiza a discriminação como ilícito concorrencial específico, coibindo-a pela cláusula geral da Seção 46 sob abordagem effects-based, com foco na preservação do competitivo process e na verificação concreta da capacidade da conduta de produzir SLC.

Integrante responsável: Julio Campos

6.7.5 México

Os documentos tratam expressamente de discriminação como prática monopólica relativa. A conduta é descrita como o estabelecimento de preços ou condições distintas de venda ou compra para compradores ou vendedores em condições equivalentes. Os guias da COFECE também vinculam a discriminação ao acesso a insumo essencial em termos discriminatórios. (CFC, 2018, p. 7-8; COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.7.6 União Europeia

O EU Draft Guidelines não contém uma seção autônoma dedicada à discriminação de preços ou condições comerciais. A discriminação é abordada apenas transversalmente, como um fator relevante na avaliação do afastamento da concorrência pelo mérito e, em parte, sob a rubrica do autofavorecimento. Um dos fatores relevantes para estabelecer que o comportamento de uma empresa dominante se afasta da concorrência com base no mérito é verificar se esse comportamento consiste em, ou permite, um tratamento distorcido ou discriminatório que a favorece em relação a seus concorrentes.

O EU 2023 Policy Brief não contém seção dedicada à discriminação e não define discriminação de preços.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.7.7 Chile

O Guía de Restricciones Verticales (2014) da FNE não trata expressamente do tema.

A discriminação arbitrária é expressamente abordada no DL 211 como forma de abuso de posição dominante (Art. 3º, alínea b). O caso de maior relevância recente é FNE v. Canal del Fútbol (CDF/TNT Sports, 2024), no qual o TDLC concluiu que a empresa abusou de sua posição dominante no mercado de transmissão ao vivo do Campeonato Nacional de Futebol mediante discriminação arbitrária de preços em cláusulas contratuais com operadoras de TV paga. Também no caso Ferrovial v. Coordinador Eléctrico (Sentença N° 196/2024), o TDLC sancionou a desqualificação arbitrária e

discriminatória de um licitante em processo de contratação pública do sistema elétrico.

No caso CDF, a discriminação arbitrária de preços manifestou-se por meio de cláusulas contratuais que impunham garantias mínimas diferenciadas e condições comerciais distintas a operadoras de TV paga, sem justificativa econômica legítima. O TDLC também já analisou discriminação em processos licitatórios, como no caso BCI Bank (2023), em que o banco excluiu arbitrariamente uma seguradora de um processo de licitação para seguros de vida de crédito hipotecário, impondo requisito formal não previsto nas condições da licitação, beneficiando empresa relacionada. Em 2024, o TDLC também se pronunciou em quatro casos no setor elétrico envolvendo alegações de discriminação e abuso de posição dominante, embora tenha acolhido apenas dois.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.7.8 Conclusões preliminares sobre discriminação

As jurisdições convergem em reconhecer que a discriminação de preços ou condições comerciais por empresa dominante pode configurar conduta abusiva quando produz efeitos adversos sobre a concorrência ou coloca parceiros comerciais em desvantagem competitiva injustificada. Há também convergência no sentido de que a diferenciação de preços e condições é, em regra, fenômeno legítimo e frequente nas economias de mercado, podendo refletir fatores objetivos como volume de compras, condições logísticas ou termos de pagamento. A análise é predominantemente baseada em efeitos, não tratando a discriminação como ilícita per se.

As diferenças concentram-se no grau de autonomia da conduta. O Reino Unido e o México tratam discriminação como categoria expressa de abuso (Article 82(c) e LFCE, respectivamente). A UE não dedica seção autônoma no EU Draft Guidelines, abordando-a transversalmente como fator na avaliação do afastamento da concorrência pelo mérito e no contexto do autofavorecimento. O Japão integra a análise ao capítulo sobre recusa de fornecimento e tratamento discriminatório, com abordagem ampla que distingue discriminação de preços e de condições. A Austrália não autonomiza a discriminação como categoria específica, coibindo-a pela cláusula geral da Seção 46 e absorvendo-a em outras tipologias (loyalty rebates, margin squeeze, refusal to deal construtiva). Os EUA não trataram diretamente da conduta no relatório analisado. O Chile possui jurisprudência recente expressiva, incluindo o caso CDF/TNT Sports (2024), em que discriminação arbitrária de preços resultou em condenação com multa de US\$ 27,6 milhões.

A teoria de dano na discriminação de preços ou condições é dupla, a depender da jurisdição: de um lado, o efeito exclusionário sobre concorrentes da própria empresa dominante (quando a discriminação funciona como instrumento de outra conduta, como preços predatórios seletivos); de outro, o efeito sobre a concorrência entre os próprios clientes ou parceiros comerciais discriminados (secondary line injury).

Os fatores a investigar incluem se a diferenciação decorre de fatores objetivos e verificáveis (volume, custos logísticos, condições de pagamento) ou é arbitrária, e se a discriminação coloca parceiros comerciais em desvantagem competitiva significativa entre si. As evidências relevantes envolvem comparações de preços e condições entre clientes similarmente situados, análise de custos de servir cada cliente (cost-to-serve) e, quando alegado efeito exclusionário, dados sobre o impacto na posição competitiva dos clientes afetados.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.8 Preços excessivos / exploratórios (excessive pricing)

6.8.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 enquadra preços excessivos ou exploratórios como uma das formas fundamentais de abuso de posição dominante, classificando-o especificamente na categoria de conduta exploratória. A conduta é descrita como a imposição, direta ou indireta, de “preços de compra ou de venda injustos” ou de outras condições comerciais injustas (Article 82(a)).

O guia divide as condutas abusivas em duas grandes categorias: exploratórios de clientes/fornecedores e exclusão de concorrentes. Preços excessivamente altos são citados como o principal exemplo de comportamento exploratório que afeta adversamente consumidores de forma direta através dos valores cobrados. Diferentemente das condutas exclusionárias que visam remover concorrentes, preços excessivos caracterizam-se pelo dano direto ao consumidor.

O documento enfatiza que o importante para o OFT (hoje CMA) é determinar se a empresa dominante está utilizando sua posição de mercado para explorar sua situação de forma injustificável. O guia reforça que a imposição de preços injustos é um dos exemplos de abuso explicitamente listados na lei (Section 18(2) do Competition Act 1998 e Article 82 do EC Treaty), mas ressalta que essa lista é apenas ilustrativa e não exaustiva. Conduta que restringe concorrência pode não ser considerada abusiva se houver justificativa objetiva e proporcionalidade. O comportamento de uma empresa dominante só será considerado abuso após análise detalhada do mercado em questão e dos efeitos reais ou prováveis da conduta.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.8.2 Japão

Nenhum dos guias da JFTC analisados trata da conduta autônoma de preços excessivos/exploratórios.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.8.3 Estados Unidos

O documento Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act não tratou da conduta autônoma de preços excessivos/exploratórios.

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.8.4 Austrália

As Guidelines da ACCC não tratam de preços excessivos ou condutas exploratórias como categoria autônoma de misuse of market power; não os incluindo entre as tipologias listadas no item 3.2 do documento (ACCC, 2018, p. 8). O escopo do guia está voltado à preservação do competitive process e à coibição de práticas exclusionárias, não à fiscalização do nível de preços praticado por empresa dominante.

A exclusão decorre da própria conformação da Seção 46 do CCA, que veda apenas conduta com propósito, efeito ou provável efeito de substantial lessening of competition (“SLC”) em mercado relevante (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). As Guidelines enfatizam que a Seção 46 não proíbe que empresa com substantial degree of market power supere seus rivais por habilidades superiores e eficiência, conforme orientação do High Court em Queensland Wire Industries v Broken Hill Pty Ltd (1989) (ACCC, 2018, p. 3). Mais do que silente, o guia é explícito ao reconhecer que a capacidade de sustentar preços supracompetitivos constitui a manifestação mais observável do market power — elemento de identificação do poder, não conduta ilícita em si (ACCC, 2018, p. 6). O Exemplo 12 das Guidelines ilustra essa posição: a cobrança de preço substancialmente superior ao custo de produto patenteado não contravém a Seção 46, pois constitui recompensa legítima pela inovação (ACCC, 2018, p. 16).

A única referência do guia à cobrança de preços elevados surge no contexto de refusal to deal construtiva, em que preço excessivamente elevado pelo insumo é tratado como instrumento de exclusão — e não como conduta exploratória autônoma —, sendo o ilícito o propósito, efeito ou provável efeito de impedir a competição no mercado a jusante (ACCC, 2018, p. 9). Em síntese, o regime australiano não inclui preços excessivos no escopo da Seção 46, tratando a capacidade de praticar preços supracompetitivos como manifestação ordinária do poder de mercado e legítima recompensa por inovação e eficiência.

Integrante responsável: Julio Campos

6.8.5 México

*Os documentos analisados não destacam expressamente preços excessivos ou abuso exploratório como categoria autônoma de prática monopólica relativa. **Prácticas Monopólicas Relativas** menciona preços altos apenas como possível manifestação de poder de mercado, e não como conduta específica. (CFC, 2018, p. 9)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.8.6 União Europeia

O guia declara expressamente que trata exclusivamente de abusos exclusionários. Contudo, o parágrafo 11 observa que os princípios sobre avaliação de dominância (seção 2) e justificações (seção 5) são igualmente relevantes para abusos exploratórios.

O EU 2023 Policy Brief não contém qualquer referência a preços excessivos, preços injustos, abusos exploratórios, artigo 102.º(a) do TFUE, teste United Brands, nem a nenhuma metodologia para avaliar se um preço é excessivo ou injusto.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.8.7 Chile

O Guía de Restricciones Verticales (2014) da FNE não trata expressamente do tema, embora mencione que, em relação a condutas de precificação, no geral, pode ser pertinente realizar alguns testes relacionados aos custos, que servirão para ilustrar os efeitos competitivos da restrição vertical, embora não constituam, por si só, prova de sua conformidade ou não com a legislação antitruste.

O DL 211, em seu Artigo 3º, alínea b), menciona a “fixação de preços de venda ou compra” como exemplo de abuso exploratório de posição dominante. Contudo, não há um desenvolvimento jurisprudencial significativo específico sobre preços excessivos como categoria autônoma no Chile. A FNE e o TDLC têm priorizado casos de condutas exclusionárias (predação, exclusividade, tying, discriminação) sobre condutas exploratórias puras. O sistema chileno não adota testes quantitativos pré-definidos para aferir preços excessivos, sendo a matéria analisada sob a cláusula geral do Art. 3º quando aplicável.

A baixa incidência de casos de preços excessivos no Chile reflete a ênfase histórica da FNE em condutas exclusionárias, além das dificuldades metodológicas inerentes à demonstração de que um preço é “excessivo” sem um benchmark competitivo claro. O caso mais próximo de conduta exploratória foi a ação da ANFP (Associação Nacional de Futebol Profissional) contra o Deportes Melipilla (Sentença Nº 173/2020 e Nº 199/2024), em que o TDLC condenou a cobrança de taxas de

filiação abusivas como abuso de posição dominante e concedeu indenização de US\$ 950.000. Este é um dos raros exemplos de sancionamento de conduta exploratória (e não exclusionária) no Chile.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.8.8 Conclusões preliminares sobre preços excessivos e exploratórios

As jurisdições que abordam preços excessivos — notadamente Reino Unido, UE e Chile — compartilham o enquadramento da conduta como abuso exploratório de posição dominante, distinto das condutas exclusionárias. Há convergência quanto ao reconhecimento da dificuldade metodológica inerente à demonstração de que um preço é “excessivo” na ausência de benchmark competitivo claro, o que explica a relação entre a prevenção da exploratórios e a priorização prática de condutas exclusionárias na maioria dos sistemas.

A diferença mais marcante é a divisão entre jurisdições que admitem a repressão a preços excessivos e aquelas que a excluem de seu escopo. EUA, Japão e Austrália não tratam preços excessivos como conduta ilícita autônoma: nos EUA, a Seção 2 do Sherman Act foca exclusivamente em condutas exclusionárias; na Austrália, a capacidade de sustentar preços supracompetitivos é tratada como manifestação do market power e recompensa legítima por inovação; o Japão simplesmente não aborda a conduta em seus guias. A UE declara expressamente que o EU Draft Guidelines trata exclusivamente de abusos exclusionários, embora reconheça a aplicabilidade do Artigo 102(a) a preços injustos. O Reino Unido lista preços excessivos como exemplo clássico de conduta exploratória. O Chile admite a conduta no DL 211, mas conta com incidência prática reduzida. O México não destaca preços excessivos como categoria autônoma, mencionando-os apenas como manifestação de poder de mercado.

Nas jurisdições em que a conduta é reconhecida, a teoria de dano em preços excessivos é exploratória, e não exclusionária: a cobrança de preços desproporcionais ao valor econômico do bem ou serviço, aproveitando-se da ausência de pressão competitiva.

Os fatores a investigar incluem a comparação entre o preço praticado e um benchmark competitivo (custos mais margem razoável, preços em mercados comparáveis ou preços históricos antes da aquisição de posição dominante) e a existência de barreiras à entrada que impeçam a autocorreção do mercado. As evidências centrais são primariamente econômico-contábeis (estruturas de custo, margens de lucro, comparações internacionais ou temporais de preços), e a dificuldade metodológica em construir um benchmark confiável é, em si, um dos principais fatores que explicam a baixa frequência de enforcement nessa modalidade em quase todas as jurisdições analisadas.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.9 Restrições verticais intra-marca (RPM/FPR – fixação de preço de revenda, territórios, distribuição exclusiva)

6.9.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 trata restrições verticais intra-marca como potenciais formas de comportamento exclusionário quando praticadas por empresas em posição dominante. O documento menciona que “restrições verticais ou recusas de fornecimento” podem constituir abuso quando seus efeitos prováveis forem o fechamento de mercado (foreclosure) ou redução da intensidade competitiva.

Um ponto crucial destacado é que o benefício de uma isenção por categoria (block exemption), que frequentemente protege acordos verticais entre empresas não dominantes, não impede que o comportamento da empresa dominante seja considerado abuso sob o art. 82 ou Chapter II - Prohibition do The Act. Assim, uma restrição que seria legal para empresa comum pode ser proibida para empresa dominante.

O OFT (hoje CMA) enfatiza que a análise não se prende à forma específica da restrição, seja limite territorial, imposição de preço (RPM) ou distribuição exclusiva, mas sim ao seu efeito no processo competitivo e prejudica consumidores direta ou indiretamente. Empresas dominantes que impõem restrições à sua rede de distribuição possuem “responsabilidade especial” (special responsibility) de não permitir que seu comportamento prejudique concorrência não distorcida. Devido à complexidade dos efeitos econômicos de restrições verticais, o OFT (hoje CMA) as avalia em base caso a caso, considerando circunstâncias específicas do mercado.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.9.2 Japão

As Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act (Chapter 1) tratam o RPM como uma das formas mais sensíveis de restrição vertical intra-marca, porque ele afeta diretamente a liberdade do distribuidor de definir seu próprio preço de revenda, reduzindo ou eliminando a concorrência de preços entre revendedores da mesma marca. Por essa razão, a orientação da JFTC é que o RPM é, em princípio, ilegal como unfair trade practice.

Pela lógica das Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act, a conduta ocorre não apenas quando o fornecedor sugere um preço, mas procura assegurar a observância desse preço. O guia distingue, portanto, entre preço meramente sugerido (que pode não ser problemático) e restrição efetiva do preço de revenda, o que ocorre quando o fornecedor utiliza mecanismos para garantir o cumprimento do preço indicado.

Segundo o guia, essa restrição efetiva pode ocorrer tanto por acordos explícitos quanto por meios artificiais de enforcement, como ameaças, imposição de desvantagens econômicas a distribuidores ou concessão de vantagens condicionadas ao respeito ao preço fixado.

As restrições territoriais são tratadas no capítulo sobre Vertical Non-Price Restraints, mais especificamente em Restrictions on Sales Territories. Ao contrário do RPM, o guia não considera automaticamente ilícitas todas as restrições territoriais. A análise é mais contextual e depende de seus efeitos concorrenciais, inclusive quanto a possíveis efeitos de fechamento de mercado ou redução injustificada da concorrência intra-marca.

A distribuição exclusiva aparece no guia principalmente em Part III. Sole Distributors, que trata de distribuidores exclusivos para todo o mercado nacional, bem como em disposições do capítulo sobre restrições territoriais e outras restrições verticais não relacionadas a preço.

O guia não trata a distribuição exclusiva como automaticamente ilícita. Em vez disso, examina se as cláusulas típicas de contratos de distribuição exclusiva (inclusive aquelas que limitem o território, clientes ou canais de venda) podem gerar problemas sob o Antimonopoly Act.

A preocupação central é verificar se a distribuição exclusiva, tal como implementada, fecha o acesso ao mercado, dificulta a atuação de concorrentes, reduz de forma relevante a concorrência intra-marca ou se transforma, na prática, em instrumento de restrição mais ampla da atividade comercial dos distribuidores.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.9.3 Estados Unidos

O documento Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act não tratou da conduta autônoma de restrições verticais intra-marca (RPM/FPR – fixação de preço de revenda, territórios, distribuição exclusiva).

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.9.4 Austrália

O tratamento australiano das restrições verticais intra-marca ocorre fora do escopo das Guidelines da ACCC sobre misuse of market power (ACCC, 2018, p. 8), sendo disciplinado por três dispositivos autônomos do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) com regimes e testes de ilicitude distintos.

A imposição de preços de revenda (RPM) é tratada pela Seção 48 do CCA como infração per se, independentemente de substantial degree of market power ou demonstração de SLC (AUSTRÁ-

LIA, 2026, VOL01, p. 306). Os atos constitutivos de RPM estão tipificados na Seção 96 do CCA e incluem a comunicação de recusa de fornecimento condicionada à observância de preço mínimo, a indução a preço mínimo de revenda e a retaliação pelo seu não cumprimento (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 476). A Seção 97 excepciona a mera recomendação de preço, desde que claramente identificada como tal (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 478). A conduta pode ainda ser objeto de notificação à ACCC nos termos da Seção 93(1), conferindo imunidade prospectiva (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 399).

As restrições territoriais e de clientela inserem-se no regime da Seção 47 do CCA (exclusive dealing), sujeito a teste effects-based: a subseção 47(10) condiciona a ilicitude à demonstração de propósito, efeito ou provável efeito de substantially lessen competition (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 305). Restrições verticais não enquadráveis nas Seções 47 ou 48 podem ser examinadas sob a cláusula geral da Seção 45, que veda arranjos com propósito, efeito ou provável efeito de SLC (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 279).

Em síntese, o regime australiano articula: (i) proibição per se de RPM (Seção 48); (ii) regime effects-based para restrições territoriais e de clientela (Seção 47); e (iii) cláusula geral residual de SLC (Seção 45), refletindo a opção legislativa de disciplinar restrições contratuais verticais separadamente da conduta unilateral da Seção 46.

Integrante responsável: Julio Campos

6.9.5 México

*Os documentos tratam expressamente de restrições verticais intra-marca como prática monopolística relativa, incluindo distribuição/comercialização exclusiva, restrições por sujeito, território ou período, alocação de clientes ou fornecedores e imposição de preço ou condições de revenda. **Prácticas Monopólicas Relativas** exemplifica a conduta com a fixação, por fornecedor, de territórios e preços de revenda aplicáveis a concessionários. (CFC, 2018, p. 6; COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.9.6 União Europeia

O guia do Artigo 102 não trata de restrições verticais intra-marca como categoria autônoma de abuso. No entanto, as disposições sobre acordos de exclusividade (seção 4.2.1) podem abranger determinadas restrições verticais impostas por empresas dominantes. Dessa forma, restrições verticais como exclusividade territorial, obrigações de compra exclusiva ou restrições de distribuição seletiva podem ser analisadas como abuso quando impostas por empresa em posição dominante, à luz dos princípios gerais do guia sobre condutas excludentes.

O EU 2023 Policy Brief não aborda diretamente restrições verticais intra-marca.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.9.7 Chile

O Guía de Restricciones Verticales (2014) é o principal documento de referência para restrições verticais intra-marca no Chile, incluindo fixação de preços de revenda (RPM), restrições territoriais, distribuição exclusiva e distribuição seletiva e distingue entre restrições que afetam a competição intra-marca e aquelas que afetam a competição inter-marca. A RPM é considerada a restrição vertical com maior potencial anticompetitivo, pois elimina diretamente a competição de preços no nível do varejo. O guia aplica uma análise baseada em efeitos (regra da razão), considerando poder de mercado, cobertura da rede e eficiências compensatórias.

Em relação à RPM, o guia reconhece que a fixação de preços mínimos de revenda apresenta maiores riscos anticompetitivos do que preços máximos ou recomendados, pois pode facilitar a coordenação entre distribuidores ou entre fabricantes. Quanto às restrições territoriais e de clientes, o guia avalia se a restrição limita a competição intra-marca de forma desproporcional. A distribuição seletiva é analisada verificando-se se os critérios de seleção são objetivos, não discriminatórios e proporcionais à natureza do produto. Em todos os casos, a FNE realiza balanço entre os riscos anticompetitivos e as potenciais eficiências, como proteção de investimentos em marca, prevenção de free-riding e melhoria na qualidade de distribuição.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.9.8 Conclusões preliminares sobre restrições verticais intra-marca

Todas as jurisdições reconhecem restrições verticais intra-marca como potencialmente problemáticas quando impostas por empresa com poder de mercado, compartilhando a preocupação com a redução da concorrência intra-marca e o possível fechamento de mercado. Em todas elas, a análise distingue entre os diferentes graus de restrição (RPM/FPR – fixação de preço de revenda, restrições territoriais, distribuição exclusiva), e há convergência em reconhecer que RPM apresenta maior potencial anticompetitivo do que restrições não relacionadas a preço.

As divergências são expressivas quanto ao tratamento de RPM. A Austrália é a mais rigorosa, adotando proibição per se pela Seção 48 do CCA, independentemente de poder de mercado ou demonstração de SLC. O Japão trata RPM como “in principle illegal” como unfair trade practice. A UE não aborda restrições verticais intra-marca como categoria autônoma no guia do Art. 102, mas reconhece que determinadas restrições impostas por empresa dominante podem ser analisadas sob o regime de acordos de exclusividade. O Chile dedica seu principal guia (Guía de Restricciones Verticales, 2014) inteiramente ao tema, aplicando regra da razão com ponderação de eficiências. Os

EUA não trataram da conduta no relatório analisado (que se concentra em single-firm conduct sob a Seção 2). O México tipifica expressamente as restrições verticais como prática monopólica relativa. O Reino Unido destaca a responsabilidade especial da empresa dominante e o fato de que isenções por categoria (block exemptions) não afastam o caráter abusivo sob o Art. 82.

Nas restrições verticais intra-marca, a teoria de dano central é a redução da concorrência intra-marca (entre revendedores do mesmo produto), com potencial efeito de fechamento de mercado quando a restrição, somada ao poder de mercado do fabricante, dificulta a entrada de concorrentes a montante ou a jusante.

Os fatores a investigar variam conforme o tipo de restrição: para RPM (fixação de preço de revenda), a mera existência do acordo já é relevante em jurisdições que a tratam como ilícito per se; para restrições territoriais e de distribuição exclusiva, a análise volta-se aos efeitos sobre a concorrência intra-marca e sobre a concorrência entre marcas concorrentes (inter-marca). As evidências incluem contratos de distribuição, comunicações sobre política de preços de revenda, e dados sobre dispersão de preços entre revendedores antes e depois da imposição da restrição.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.10 Autofavorecimento / restrições de acesso (mercados digitais)

6.10.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402, publicado em dezembro de 2004, não aborda explicitamente autofavorecimento (self-preferencing) ou restrições de acesso em mercados digitais/plataformas. Isso ocorre porque o documento é anterior ao desenvolvimento significativo dos mercados de plataforma digital como conhecemos atualmente.

O documento estabelece princípios gerais que poderiam potencialmente ser aplicados a essas condutas:

- 1. Restrições Verticais (Seção 5.6): O guia menciona que restrições verticais podem constituir abuso se tiverem efeito de fechar mercados ou diminuir a concorrência. Práticas de autofavorecimento em plataformas poderiam ser enquadradas nesta categoria.*
- 2. Leveraging de Poder de Mercado (Seção 5.7): O documento reconhece que uma empresa dominante em um mercado pode cometer abuso em mercado diferente mas relacionado (caso Tetra Pak II), princípio relevante para plataformas que operam em múltiplos mercados simultaneamente.*
- 3. Recusas de Acesso (Seção 5.6): O guia trata recusas de fornecimento como potencial abu-*

so exclusionário, princípio que poderia aplicar-se a restrições de acesso a infraestruturas essenciais de plataformas.

4. *Análise de Efeitos (Seção 5.2): O foco do OFT (hoje CMA) no efeito provável sobre concorrência e consumidores, não na forma da conduta, fornece framework para avaliar qualquer prática que reduza a competição em mercados digitais.*

Diferentemente do guia OFT 402, o Reino Unido passou a dispor de um regime específico para autofavorecimento em mercados digitais com a entrada em vigor, em 1º de janeiro de 2025, da Parte 1 do Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 (DMCCA). O regime confere à CMA poderes ex ante para designar empresas com “Strategic Market Status” (SMS) — sujeitas a turnover global superior a £25 bilhões ou turnover no Reino Unido superior a £1 bilhão, além de posição de significância estratégica em uma atividade digital — e para lhes impor conduct requirements sob medida, entre os quais a vedação expressa a práticas de self-preferencing, termos discriminatórios e restrições à interoperabilidade, sempre vinculados aos objetivos de fair dealing, open choices e trust and transparency. Diferentemente do EU Digital Markets Act, que impõe um conjunto uniforme de obrigações a todos os gatekeepers, o modelo britânico é casuístico, com requisitos de conduta desenhados individualmente para cada firma designada. As primeiras designações de SMS ocorreram em 2025, e as primeiras consultas sobre conduct requirements tiveram início em 2026.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.10.2 Japão

Nenhum dos guias da JFTC analisados trata da conduta autônoma de autofavorecimento (self-preferencing).

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.10.3 Estados Unidos

O documento Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act não tratou da conduta não aborda autofavorecimento (self-preferencing) ou restrições de acesso, menos ainda em mercados digitais/plataformas, considerando que foi publicado em 2009.

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.10.4 Austrália

As Guidelines da ACCC não tratam de autofavorecimento, restrições de acesso ou da operação de plataformas digitais como categorias autônomas de conduta passível de configurar misuse

of market power. O item 3.2 do documento lista exclusivamente seis tipologias com maior potencial de contravenção à Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”), todas concebidas a partir de problemáticas de mercados industriais tradicionais, sem contemplar condutas típicas dos mercados digitais — como self-preferencing, gatekeeping ou restrições à interoperabilidade (ACCC, 2018, p. 8). A análise de eventuais condutas exclusionárias praticadas por plataformas digitais com substantial degree of market power ocorre, portanto, no âmbito da cláusula geral da Seção 46 do CCA, mediante verificação de se a conduta possui propósito, efeito ou provável efeito de produzir substantial lessening of competition em mercado relevante (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295), com adaptação das categorias tradicionais ao contexto digital sem orientação metodológica autônoma.

Posteriormente à edição das Guidelines, o legislador australiano instituiu regime setorial específico para a relação entre plataformas digitais e mídia jornalística — a Parte IVBA do CCA, introduzida pelo Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021 (AUSTRÁLIA, 2021, p. 3). O regime combina: (i) designação ministerial individualizada das plataformas sujeitas às suas obrigações, operando como incentivo à negociação voluntária (Seção 52E — AUSTRÁLIA, 2021, p. 7–8); (ii) minimum standards de transparência sobre dados e aviso prévio mínimo de quatorze dias sobre mudanças algorítmicas com efeito significativo sobre o tráfego de referência a conteúdo jornalístico (Seções 52R e 52S — AUSTRÁLIA, 2021, p. 17 e 18–19); (iii) cláusula anti-retaliatória de não-diferenciação, que veda à plataforma diferenciar registered news businesses em razão do exercício dos direitos conferidos pelo Código (Seção 52ZC — AUSTRÁLIA, 2021, p. 22–23); e (iv) arbitragem compulsória de oferta final sobre remuneração, com determinações vinculantes e sanções de até 6.000 penalty units por ato ou omissão (Seções 52ZX e 52ZZE — AUSTRÁLIA, 2021, p. 38–40 e 45).

O regime da Parte IVBA opera por mecânica obrigacional setorial, distinta do teste geral de SLC da Seção 46, e seu escopo material é restrito ao setor de mídia jornalística, não constituindo disciplina concorrencial transversal aplicável ao conjunto das plataformas digitais. Em síntese, o regime australiano não autonomiza condutas de autofavorecimento ou restrição de acesso digital no âmbito do misuse of market power, tratando-as pela cláusula geral da Seção 46 e, para o setor jornalístico, pelo regime regulatório específico da Parte IVBA.

Integrante responsável: Julio Campos

6.10.5 México

Os documentos analisados não destacam expressamente autofavorecimento ou restrições de acesso em mercados digitais como categoria autônoma de prática monopólica relativa. Os guias da COFECE apenas tratam, em termos gerais, de denegação, restrição de acesso ou acesso discriminatório a insumo essencial, sem recorte específico para plataformas ou mercados digitais. (COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.10.6 União Europeia

O guia trata autofavorecimento e restrições de acesso em duas seções separadas, ambas sujeitas ao quadro geral de avaliação, que exige demonstração de afastamento da concorrência pelo mérito e capacidade de efeitos exclusionários, sem presunção de efeitos e sem teste jurídico específico.

O autofavorecimento consiste num comportamento ativo de uma empresa dominante que concede tratamento preferencial aos seus próprios produtos em detrimento dos produtos dos concorrentes, principalmente por meio de comportamentos não relacionados com preços.

O autofavorecimento pode ser suscetível de ser abusivo quando a empresa dominante alavanca a sua posição dominante num determinado mercado (o “mercado de alavancagem”) para obter uma vantagem num mercado relacionado (o “mercado alavancado”) por meio de tratamento preferencial. Existem várias formas pelas quais dois mercados podem estar relacionados, por exemplo, se estiverem numa relação vertical, se os concorrentes da empresa dominante no mercado alavancado forem utilizadores reais ou potenciais no mercado de alavancagem, ou se os dois mercados fizerem parte da mesma cadeia de valor.

Exemplos incluem: posicionamento ou exibição preferencial de produtos próprios, manipulação do comportamento do consumidor, e manipulação de leilões ou mecanismos de classificação. A avaliação examina o desvio da concorrência pelo mérito e a capacidade de produzir efeitos excludentes.

Para determinar se o autofavorecimento é suscetível de ser abusivo, é necessário avaliar se a concessão de tratamento preferencial aos próprios produtos da empresa dominante se afasta da concorrência pelo mérito e se é capaz de produzir efeitos de exclusão.

Para além dos fatores gerais, os seguintes elementos, que não são cumulativos nem exaustivos, podem indicar que a conduta se afasta da concorrência pelo mérito: (i) o tratamento preferencial ocorre num mercado de alavancagem que constitui uma fonte importante de negócio para os concorrentes no mercado alavancado, que esses concorrentes não podem substituir eficazmente por outros meios, (ii) o tratamento preferencial é suscetível de influenciar o comportamento dos utilizadores, independentemente das qualidades intrínsecas do produto alavancado; (iii) o tratamento preferencial é suscetível de ser contrário à lógica empresarial subjacente às atividades da empresa dominante no mercado de alavancagem, por exemplo, por ser contrário aos seus interesses ou aos dos seus clientes nesse mercado. O autofavorecimento pode produzir efeitos de exclusão no mercado alavancado ou em ambos os mercados — alavancado e de alavancagem. Se o autofavorecimento assumir a forma de uma combinação ou sucessão de práticas, a análise dos efeitos deve ter em conta os efeitos globais dessas práticas.

As “restrições de acesso” referem-se à imposição, por uma empresa dominante, de restrições

ao acesso a um input que são diferentes de uma recusa de fornecimento. As restrições de acesso podem ser suscetíveis de ser abusivas mesmo que o input em causa não seja indispensável, uma vez que a necessidade de proteger a liberdade contratual da empresa e os incentivos ao investimento não se aplica na mesma medida que numa situação de recusa de fornecimento. No entanto, a importância do input para quem solicita o acesso aumentará a probabilidade de as restrições de acesso conduzirem a efeitos de exclusão.

O EU 2023 Policy Brief não trata de autofavorecimento nem de restrições de acesso, embora o contexto de mercados digitais que ele próprio descreve — com efeitos de rede, consolidação e concentração crescente — seja precisamente aquele em que estas categorias de conduta são mais relevantes. A contribuição do EU 2023 Policy Brief limita-se a fornecer o enquadramento macroeconômico e a reclassificar recusas construtivas e compressão de margens como categorias autônomas de abuso, ambas indiretamente relevantes para as restrições de acesso.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.10.7 Chile

O Guia de Restricciones Verticales (2014) da FNE não trata expressamente do tema.

Apesar disso, o Chile tem demonstrado crescente atenção a condutas de autofavorecimento e restrições de acesso em mercados digitais. Em maio de 2025, a FNE apresentou denúncia contra o Google perante o TDLC por abuso de posição dominante, recomendando a imposição de uma multa de US\$ 89 milhões.

Em março de 2026, o TDLC aprovou acordo extrajudicial entre a FNE e Booking.com, obrigando a plataforma a eliminar cláusulas de paridade de preços que restringiam a capacidade de provedores de hospedagem de oferecer tarifas mais baixas em canais concorrentes (multa recorde de US\$ 6 milhões). A FNE também realizou acordos similares com Uber Eats, PedidosYa e Rappi em 2023, eliminando cláusulas MFN. Adicionalmente, a FNE lançou estudo de mercado sobre comércio eletrônico em 2024.

O caso Google (2025) merece destaque por representar a primeira grande ação da FNE contra uma empresa de Big Tech por abuso de posição dominante em mercados digitais. Quanto ao acordo com Booking.com (2026), este resultou no pagamento recorde de US\$ 6 milhões ao erário e na obrigação de eliminar cláusulas de paridade de preços (wide e narrow MFN) que restringiam a capacidade dos provedores de hospedagem de oferecer tarifas mais baixas em canais concorrentes. Em 2024, a FNE iniciou também o Estudo de Mercado sobre Comércio Eletrônico, cujo relatório preliminar, publicado em abril de 2026, apresentou uma radiografia completa do setor e recomendou maior transparência às plataformas. As Diretrizes de Concentrações Horizontais (2021) incluem capítulo específico sobre plataformas digitais, reconhecendo as características únicas desses merca-

dos: efeitos de rede diretos e indiretos, tendência a tipping, competição multi-homing vs. single-homing, e a importância de big data como barreira à entrada.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.10.8 Conclusões preliminares sobre autofavorecimento

Observa-se que nenhuma das jurisdições analisadas possuía, à época de publicação de seus respectivos guias, tratamento consolidado e autônomo do autofavorecimento como categoria específica de abuso. Os guias mais antigos (Reino Unido 2004, EUA 2008, Japão 2009) são anteriores ao desenvolvimento significativo dos mercados de plataformas digitais. Todas as jurisdições reconhecem, contudo, que os princípios gerais de repressão a condutas exclusionárias — em particular a alavancagem de poder de mercado entre mercados relacionados — são aplicáveis a essas práticas.

A principal divergência reside no grau de desenvolvimento normativo específico. A UE é a única jurisdição que trata autofavorecimento e restrições de acesso como categorias autônomas e detalhadas no EU Draft Guidelines, definindo critérios de mercado de alavancagem e mercado alavancado. A Austrália desenvolveu regime setorial específico (Parte IVBA do CCA) para a relação entre plataformas digitais designadas e mídia jornalística, sem criar disciplina concorrencial transversal. O Chile apresenta enforcement ativo recente (caso Google 2025, acordo Booking.com 2026), mas sem guia específico, aplicando a cláusula geral do DL 211. O Japão, embora não trate de self-preferencing, possui guia específico sobre abuso de posição superior de barganha por plataformas digitais em relação a dados pessoais de consumidores. Os EUA, o México e o Reino Unido não dispõem de tratamento específico em seus guias, embora o México trate genericamente de denegação de acesso a insumo essencial.

Em autofavorecimento, a teoria de dano é a alavancagem do poder de mercado detido pela plataforma em um mercado (tipicamente a intermediação) para favorecer produtos ou serviços próprios em um mercado relacionado, distorcendo a concorrência entre a plataforma e terceiros que dela dependem para acessar consumidores.

Os fatores a investigar incluem a posição da plataforma como gatekeeper (grau de dependência dos terceiros em relação a ela), a existência de tratamento assimétrico entre produtos próprios e de terceiros (posicionamento, visibilidade, acesso a dados ou funcionalidades) e o efeito provável sobre a capacidade competitiva dos concorrentes afetados. As evidências centrais incluem dados internos sobre critérios de ranqueamento ou design de interface, comparações de desempenho entre produtos próprios e de terceiros em condições similares, e, quando disponível, documentação sobre decisões de governança da plataforma relativas ao tratamento de terceiros.

Integrante responsável: Amanda Athayde

6.11 Subsídios cruzados

6.11.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 não aborda explicitamente subsídios cruzados (cross-subsidies) como categoria ou prática específica de conduta abusiva. O documento não dedica seção ou discussão particular a essa conduta.

Contudo, subsídios cruzados poderiam potencialmente ser analisados sob os princípios gerais estabelecidos pelo guia:

- 1. Preços Injustos/Excessivamente Baixos (Article 82(a), Seção 2.5): Se um produto é subsidiado artificialmente por lucros de outro, resultando em preços injustificadamente baixos, poderia enquadrar-se nesta categoria.*
- 2. Condições Desiguais (Article 82(c), Seção 2.5): Se diferentes clientes recebem tratamento diferente baseado em esquemas de subsídios cruzados, colocando-os em desvantagem competitiva.*
- 3. Comportamento Exclusionário (Seção 5.5-5.6): Se subsídios cruzados têm efeito provável de fechar mercado (foreclosure) ou enfraquecer concorrência existente ou potencial.*
- 4. Leveraging entre Mercados (Seção 5.7): Se lucros obtidos em mercado onde empresa é dominante subsidiam preços em mercado diferente mas relacionado para ganhar vantagem competitiva injustificada.*
- 5. A análise seguiria o princípio geral: foco no efeito provável sobre concorrência e consumidores, não na forma técnica da conduta.*

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

6.11.2 Japão

Nenhum dos guias da JFTC analisados trata de subsídios cruzados.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

6.11.3 Estados Unidos

O documento Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act não tratou de subsídio cruzado.

Integrante responsável: Mariana Trotta

6.11.4 Austrália

As Guidelines da ACCC não contemplam subsídios cruzados como categoria autônoma de conduta passível de configurar misuse of market power, não os incluindo entre as tipologias listadas no item 3.2 do documento (ACCC, 2018, p. 8). A análise de eventuais subsídios cruzados com efeitos exclusionários opera, em regra, por absorção nas categorias do predatory pricing — quando receitas de um mercado financiam preços abaixo do custo em outro, com propósito, efeito ou provável efeito de substantially lessen competition (ACCC, 2018, p. 10–11) — ou do margin/price squeeze, quando a firma verticalmente integrada utiliza receitas supracompetitivas do mercado upstream para subsidiar preços agressivos no downstream (ACCC, 2018, p. 13). Esse alcance multimercado está ancorado na própria estrutura da Seção 46(1) do CCA, que estende a proibição a qualquer mercado em que a corporação forneça ou adquira bens e serviços, além do mercado em que detém poder (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295).

Subsídios cruzados que traduzam transferência interna de eficiências — sem propósito ou efeito de exclusão — não configurariam, em princípio, conduta vedada pela Seção 46, dado que condutas eficientes de redução de custos não levantam preocupações concorrenciais no regime australiano (ACCC, 2018, p. 15). Quando o subsídio cruzado resultar de acordo entre firmas independentes ou de vinculação condicional de benefícios entre mercados, podem ser aplicáveis, adicionalmente, as Seções 45 e 47 do CCA (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 279 e p. 300–305). Em todos os casos, o teste é effects-based, sem que a origem multimercado dos recursos constitua elemento típico autônomo.

Integrante responsável: Julio Campos

6.11.5 México

*Os documentos tratam expressamente de subsídios cruzados como prática monopólica relativa. A conduta é descrita como o uso de ganhos obtidos com a venda, comercialização ou prestação de um bem ou serviço para financiar perdas relativas a outro bem ou serviço. **Prácticas Monopólicas Relativas** ilustra a prática no exemplo de redução de preços por empresa dominante após entrada de novo concorrente, sendo o mesmo exemplo de preços predatórios. (CFC, 2018, p. 8; COFECE, 2020a, p. 5; COFECE, 2020b, p. 9)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

6.11.6 União Europeia

O guia não trata de subsídios cruzados como categoria autônoma de abuso exclusionário. O EU 2023 Policy Brief também não aborda diretamente subsídios cruzados.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

6.11.7 Chile

O Guia de Restricciones Verticales (2014) da FNE não trata expressamente do tema.

O tratamento de subsídios cruzados no Chile está vinculado à análise de margin squeeze e predação em setores regulados. A submissão chilena à OCDE (2009) menciona que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei N° 18.168, Art. 30 e), por exemplo, proíbe que empresas reguladas transfiram custos de suas atividades não reguladas para as atividades reguladas, aumentando a base de cálculo da tarifa eficiente. Contudo, não existe no Chile um marco de contabilidade regulatória ou princípios que orientem o procedimento de imputação de custos. Fora do setor de telecomunicações, subsídios cruzados podem ser analisados como predação ou abuso sob a cláusula geral do Art. 3° do DL 211.

Em setores regulados como energia elétrica, o TDLC tem enfrentado alegações de subsídios cruzados no contexto de operadores verticalmente integrados que participam simultaneamente no mercado regulado (distribuição) e no mercado competitivo (comercialização). Quatro casos no setor elétrico foram decididos pelo TDLC em 2024, dos quais dois resultaram em condenação, demonstrando a relevância prática desta temática. A ausência de um marco de contabilidade regulatória separada (unbundling contábil) permanece como desafio central para a identificação e comprovação de subsídios cruzados no Chile.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

6.11.8 Conclusões preliminares sobre subsídios cruzados

Subsídios cruzados não são tratados como categoria autônoma de abuso na maioria das jurisdições analisadas. Onde a conduta é reconhecida, há convergência em enquadrá-la como manifestação instrumental de outras condutas exclusionárias — particularmente preços predatórios e margin squeeze — quando receitas obtidas em mercado dominado financiam práticas abaixo do custo em mercado adjacente. O elemento comum é a preocupação com a transferência de poder de mercado entre mercados distintos mediante políticas de preços que não refletem custos reais.

As diferenças são marcantes. O México é a única jurisdição que tipifica expressamente subsídios cruzados como prática monopólica relativa autônoma, descrevendo-a como o uso de ganhos de um produto para financiar perdas de outro. EUA, Japão e UE não tratam da conduta nos guias analisados. A Austrália absorve a análise nas categorias de predatory pricing e margin squeeze, sem autonomizá-la. O Chile vincula a discussão a setores regulados (telecomunicações e energia), destacando a ausência de marco de contabilidade regulatória (unbundling contábil) como obstáculo à identificação e comprovação da conduta. O Reino Unido não menciona expressamente o tema, embora seus princípios gerais sobre leveraging entre mercados e preços excessivamente baixos permitam enquadramento.

Nos subsídios cruzados, a teoria de dano é instrumental: o uso de receitas obtidas em um mercado onde a empresa detém posição dominante para financiar preços artificialmente baixos em mercado adjacente, distorcendo a concorrência neste último sem relação com os custos reais da operação.

Os fatores a investigar são a existência de separação contábil (unbundling) entre as atividades, a alocação de custos comuns entre os mercados envolvidos e se os preços praticados no mercado subsidiado cobririam os custos incrementais na ausência do subsídio. As evidências centrais são predominantemente contábil-regulatórias — daí a relevância, apontada na análise do Chile, da ausência de marcos de contabilidade regulatória em setores não regulados como obstáculo prático à identificação da conduta — complementadas, quando a conduta se manifesta como preço predatório ou margin squeeze, pela mesma evidência de custo já discutida nessas seções.

Integrante responsável: Amanda Athayde

7. TESTE ANALÍTICO PREDOMINANTE

7.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 adota predominantemente um teste baseado em efeitos (effects-based test). O documento afirma expressamente que “o efeito provável da conduta de uma empresa dominante sobre clientes e sobre o processo competitivo é mais importante para a determinação de um abuso do que a forma específica da conduta”.

Nesse contexto, o OFT (hoje CMA) concentra sua análise nos efeitos reais ou prováveis da prática sobre a concorrência e os consumidores, e não apenas na classificação formal da conduta. A avaliação considera impactos diretos, como preços e qualidade, e indiretos, como redução da intensidade concorrencial ou criação de barreiras à entrada.

O guia também estabelece dois elementos centrais para a caracterização da infração: (i) a existência de posição dominante e (ii) o abuso dessa posição. Ambos exigem análise substantiva e contextualizada.

Além disso, o OFT (hoje CMA) enfatiza que a avaliação é sempre feita caso a caso, levando em conta as características do mercado e as circunstâncias específicas da conduta. O documento ainda reconhece a possibilidade de justificativas objetivas, desde que proporcionais, afastando a ideia de que toda restrição concorrencial seja automaticamente abusiva.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

7.2 Japão

Os guias da JFTC baseiam-se predominantemente em uma análise de efeitos, na qual o enquadramento de uma conduta depende de sua capacidade de prejudicar o processo competitivo, e não de sua forma abstrata. Em vez de critérios rígidos, a JFTC utiliza um modelo contextual e multifatorial, aplicando fatores de análise específicos a cada tipo de conduta. Esses fatores incluem, de modo geral, as condições do mercado (como concentração e barreiras à entrada), a posição do agente e de seus concorrentes, a existência de alternativas comerciais, bem como a duração, intensidade e características da prática. A partir dessa análise integrada, a autoridade avalia se a conduta é capaz de dificultar a atuação de concorrentes igualmente eficientes e gerar efeitos de exclusão ou fechamento de mercado.

No entanto, também há abordagens mais rígidas para determinadas condutas em certos

guias. No guia de distribuição, o RPM é tratado como “in principle illegal”.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

7.3 Estados Unidos

O Capítulo 3 do relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act** estabeleceu os parâmetros gerais para a identificação de condutas exclusivas sob a Seção 2 do Sherman Act. O DOJ parte da premissa de que não existe um teste único e universal capaz de ser aplicado a todas as formas de conduta unilateral. Em razão da diversidade das práticas analisadas e dos riscos associados tanto à subaplicação quanto à sobreaplicação do direito antitruste, o relatório defendeu o desenvolvimento de critérios analíticos específicos para diferentes condutas.

O documento enfatizou que a aplicação da Seção 2 do Sherman Act deve estar orientada por alguns princípios centrais: (i) a necessidade de demonstração de poder monopolístico ou de probabilidade obtê-lo; (ii) a distinção entre dano a concorrentes e ao processo competitivo; (iii) a proteção da concorrência e do bem-estar dos consumidores; e (iv) a preocupação com custos de erro e de administrabilidade na aplicação das normas antitruste. Segundo o relatório, condutas potencialmente exclusivas frequentemente apresentam simultaneamente efeitos pró-competitivos e restritivos, razão pela qual a formulação de padrões jurídicos deve buscar minimizar tanto falsos positivos quanto falsos negativos.

Após examinar diferentes propostas teóricas (como o effects-balancing test, o profit-sacrifice test, o no-economic-sense test, o equally efficient competitor test e o disproportionality test) o DOJ conclui que o padrão analítico mais adequado, na ausência de regras específicas para determinada conduta, é o chamado **teste de desproporcionalidade** (disproportionality test). De acordo com esse critério, uma prática deve ser considerada anticompetitiva quando os danos potenciais à concorrência forem substancialmente desproporcionais aos benefícios econômicos e concorrenciais que ela produz.

Paralelamente, o DOJ sustenta que determinadas categorias de conduta exigem **testes específicos** (conduct-specific tests), em razão de suas particularidades econômicas e jurídicas. Assim, o relatório adota predominantemente abordagens estruturadas por tipo de prática investigada. Em matéria de **preço predatório**, privilegia-se a análise baseada em custos e na possibilidade de recuperação posterior das perdas (recoupment), em linha com o precedente Brooke Group. Nos casos de **descontos de fidelidade**, o documento manifesta preferência por critérios semelhantes aos aplicados ao preço predatório, verificando se o preço efetivo permanece acima de uma medida apropriada de custos, embora admita, em situações excepcionais, a consideração de efeitos de fechamento de mercado (foreclosure). Para **tying** e **bundled discounts**, o relatório propõe a análise dos efeitos exclusio-

nários concretos da prática, considerando a capacidade de rivais igualmente eficientes competirem pela parcela contestável da demanda. Em relação aos **acordos de exclusividade**, a avaliação concentra-se nos efeitos de fechamento de mercado, levando em consideração fatores como participação de mercado, parcela do mercado afetada, duração dos contratos, barreiras à entrada e justificativas econômicas da prática. Por fim, nos casos de **recusa unilateral de contratar**, o DOJ adota postura particularmente restritiva, defendendo que a responsabilização antitruste deve ser excepcional e limitada a circunstâncias muito específicas, em razão dos riscos associados à redução dos incentivos à inovação e ao investimento.

Em síntese, o relatório afasta a adoção de uma regra geral única para todas as hipóteses de monopolização e propõe um modelo analítico híbrido: de um lado, fundamentado nos princípios gerais de proteção ao processo competitivo e proporcionalidade entre danos e benefícios; de outro, estruturado por meio de testes específicos para cada categoria de conduta unilateral, privilegiando critérios administráveis, previsíveis e compatíveis com a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

7.4 Austrália

O teste analítico predominante no regime australiano de abuso de poder econômico é o teste *effects-based de substantial lessening of competition* (“SLC”), previsto na Seção 46(1) do *Competition and Consumer Act 2010* (“CCA”), estruturado sobre três elementos cumulativos: (i) *substantial degree of power in a market*; (ii) prática de conduta pela corporação; e (iii) propósito, efeito ou provável efeito de *substantially lessen competition* em mercado relevante (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). As *Guidelines da ACCC* o caracterizam como “*central limb of Australia’s competition laws*”, operando tanto quando a conduta tiver propósito excludenário quanto quando seus efeitos objetivos forem aptos a lesar substancialmente o processo competitivo, independentemente da intenção (ACCC, 2018, p. 3).

A definição do mercado relevante e a aferição do *substantial degree of market power* são realizadas por análise qualitativa e contextual, sem limiar de participação de mercado fixo, considerando fatores como barreiras à entrada, concentração, diferenciação de produto e relacionamentos verticais (ACCC, 2018, p. 4 e p. 6; AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295–296). O nexo com o SLC opera por três vetores alternativos — propósito, efeito ou provável efeito —, verificados pelo *with or*

without test, que compara o estado provável da concorrência com e sem a conduta (ACCC, 2018, p. 7). A Seção 4G do CCA esclarece que lessening of competition abrange também preventing or hindering competition (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 34), e o standard substantially exige que a lesão seja meaningful or relevant to the competitive process, em avaliação relativa e contextual (ACCC, 2018, p. 7–8).

O regime não prevê categorias de conduta per se proibidas no âmbito da Seção 46 e não visa proteger concorrentes individualmente, mas preservar o processo competitivo. A reforma de 2017 substituiu o critério anterior de taking advantage of market power pelo teste geral de SLC (ACCC, 2018, p. 2), consolidando o caráter puramente effects-based do regime.

Integrante responsável: Julio Campos

7.5 México

Os três documentos adotam teste analítico centrado em poder substancial no mercado relevante, enquadramento da conduta em uma hipótese legal de prática monopólica relativa e objeto ou efeito de deslocar agentes, impedir acesso ao mercado ou estabelecer vantagens exclusivas. A análise é caso a caso e não presume ilicitude apenas pela prática da conduta. (CFC, 2018, p. 4; COFECE, 2020a, p. 11; COFECE, 2020b, p. 10)

*A **Guía para Tramitar el Procedimiento de Investigación por Prácticas Monopólicas Relativas o Concentraciones Ilícitas** detalha esse teste como uma investigação estruturada por hipóteses de dano, desenho investigativo, análise preliminar do mercado, coleta de evidências e comprovação ou descarte da hipótese. (COFECE, 2020a, p. 11)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

7.6 União Europeia

O guia estabelece que a conduta de empresas dominantes é suscetível de constituir abuso excludente quando se demonstra que: (i) a conduta se afasta da concorrência pelo mérito; e (ii) a conduta é capaz de produzir efeitos excludentes.

A concorrência pelo mérito é definida como “conduta dentro do escopo da concorrência normal com base no desempenho dos operadores econômicos, que, em princípio, se relaciona a uma situação competitiva em que os consumidores se beneficiam de preços mais baixos, melhor qualidade e uma escolha mais ampla de bens ou serviços novos ou melhorados”.

Para certas categorias de conduta, a jurisprudência desenvolveu testes legais específicos (specific legal tests); quando a conduta preenche esse teste específico, considera-se que se afasta da

concorrência pelo mérito e é suscetível de produzir efeitos excludentes.

O guia distingue três categorias de conduta, organizadas conforme a intensidade probatória exigida: restrições nuas; condutas com presunção de efeitos excludentes; e condutas sem presunção.

O parágrafo 51 do guia observa que “o conceito de concorrência pelo mérito abrange condutas dentro do escopo da concorrência normal com base no desempenho dos operadores econômicos e que, em princípio, se relacionam a uma situação competitiva em que os consumidores se beneficiam de preços mais baixos, melhor qualidade e uma escolha mais ampla de bens ou serviços novos ou melhorados.”

A concorrência pelo mérito não diz respeito aos efeitos de uma conduta, mas ao desempenho de uma empresa. A mesma conduta com os mesmos efeitos (por exemplo, preços mais baixos que levam à saída de concorrentes) pode ser legal ou ilegal, dependendo de se os meios utilizados pela empresa são considerados legítimos.

O padrão de prova aplicável é o de plausibilidade: a Comissão deve demonstrar que a conduta é pelo menos capaz de produzir efeitos excludentes; embora os efeitos devam ser “mais do que hipotéticos”, não é necessário provar efeitos excludentes efetivamente produzidos.

O guia reflete que os efeitos excludentes devem ser mais do que hipotéticos, mas que a Comissão não precisa demonstrar efeitos reais, apenas efeitos potenciais, ou seja, que a conduta era capaz de produzir efeitos excludentes.

A Comissão compara a situação em que a conduta foi implementada com a situação na sua ausência. O guia estabelece que “em certos casos” pode ser adequado utilizar como base para a comparação um cenário hipotético alternativo onde a conduta estivesse ausente. É suficiente estabelecer um resultado plausível entre vários resultados possíveis.

O Guidance Paper de 2008 havia estabelecido a expectativa de que uma análise contrafactual “geralmente seria feita” sob o Artigo 102. O guia, contudo, indica que os contrafactuais podem ser apropriados apenas “em certos casos”, sugerindo que podem tornar-se a exceção em vez da regra.

A conduta não precisa ser a causa exclusiva dos efeitos excludentes; é suficiente que contribua para aumentar a probabilidade de os efeitos excludentes se materializarem no mercado.

O guia estabelece que não existe limiar de minimis para infrações ao artigo 102.º: uma vez demonstrados dominância, afastamento da concorrência pelo mérito e algum efeito de exclusão real ou potencial, não é necessário provar que esse efeito é de natureza “grave” ou “apreciável”.

O guia refere a oportunidade de as empresas dominantes contestarem o valor probatório da presunção apresentando provas de sustentação de que a conduta não é capaz de produzir efeitos excludentes, por exemplo, demonstrando que “as circunstâncias do caso são substancialmente di-

ferentes dos pressupostos de base nos quais a presunção assenta, a ponto de tornar qualquer efeito potencial puramente hipotético”.

O EU 2023 Policy Brief enfatiza que a abordagem é “dinâmica e funcional”, buscando equilibrar rigor analítico com praticabilidade na aplicação.

O EU 2023 Policy Brief afirma que a abordagem baseada em efeitos está “firmemente consagrada” na jurisprudência dos tribunais da União. O EU 2023 Policy Brief conclui que “o uso generalizado do teste do concorrente igualmente eficiente para determinar quais os casos de conduta excludente baseada em preços a prosseguir como prioridade não é justificado”, distinguindo entre descontos de exclusividade, para os quais o teste geralmente não é justificado, e descontos não exclusivos, para os quais o teste pode ser adequado, dependendo das circunstâncias.

Mesmo quando realizado, um teste do concorrente igualmente eficiente (CIE) permanece apenas um elemento na avaliação concorrencial global. O fato de a conduta de preços “passar” num teste CIE não deve ser considerado indicação conclusiva de que a conduta não é suscetível de afetar negativamente a concorrência.

A exclusão de um concorrente menos eficiente pode, em certas circunstâncias, ser relevante para a análise concorrencial quando tal concorrente exerce pressão competitiva significativa sobre a empresa dominante.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

7.7 Chile

O teste analítico predominante no Chile é a regra da razão, baseada em efeitos. O DL 211 não adota presunções de mercado nem tratamentos per se para condutas unilaterais — os efeitos anti-competitivos reais ou potenciais no mercado relevante devem sempre ser demonstrados. A submissão chilena à OCDE (2009) confirma: “o DL 211 não estabelece presunções de participação de mercado nem tratamentos per se para qualquer conduta. Em todo caso, os efeitos prejudiciais reais ou potenciais sobre a concorrência no mercado relevante devem sempre ser provados, seguindo a regra da razão.” O TDLC realiza análise que pondera: (i) poder de mercado do agente, (ii) natureza e duração da conduta, (iii) efeitos exclusionários demonstrados ou prováveis, e (iv) eficiências compensatórias.

A reversão pela Corte Suprema no caso Correos de Chile (2024), em que a Corte exigiu comprovação de exclusão efetiva e operação abaixo de escala mínima eficiente, sugere que a jurisprudência chilena tende a exigir demonstração robusta de efeitos concretos para caracterizar abuso.

Fonte: For Official Use DAF/COMP/WP2/WD(2009)34

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

7.8 Conclusões preliminares sobre o teste analítico predominante

Todas as sete jurisdições adotam, como eixo central, uma análise baseada em efeitos (effects-based) para a avaliação de condutas unilaterais abusivas, rejeitando abordagens puramente formalistas. Em nenhum dos sistemas analisados a mera forma da conduta é determinante para sua ilicitude; o foco recai sobre os impactos reais ou prováveis da prática sobre o processo competitivo e o bem-estar dos consumidores. Há consenso de que a análise deve ser contextual e caso a caso, considerando condições estruturais do mercado, posição dos agentes e dinâmica concorrencial.

As divergências manifestam-se na estrutura dos testes e na existência de presunções. A UE opera por sistema tripartite (condutas com presunção de efeitos, condutas com teste legal específico e condutas sem presunção), exigindo demonstração de afastamento da concorrência pelo mérito e capacidade de produzir efeitos excludentes, sem limiar de minimis. Os EUA adotam o teste de desproporcionalidade como padrão geral residual, combinado com testes específicos por tipo de conduta (custo-preço para predação, foreclosure para exclusividade), com postura cautelosa quanto à intervenção. A Austrália concentra-se no teste de substantial lessening of competition (SLC), com três vetores alternativos (propósito, efeito ou provável efeito) e o with or without test como ferramenta contrafactual. O Japão utiliza modelo contextual multifatorial, com tratamento “in principle illegal” apenas para RPM. O México estrutura a análise por hipóteses de dano, com teste de poder substancial, enquadramento legal e objeto/efeito da conduta. O Chile aplica regra da razão ponderando poder de mercado, natureza da conduta, efeitos excludentes e eficiências compensatórias. O Reino Unido prioriza o efeito provável sobre concorrência e consumidores como critério central.

A escolha do teste analítico é, em última análise, uma escolha sobre distribuição de custos de erro. O modelo europeu, com presunções para determinadas condutas, reduz o custo probatório da autoridade e aceita maior risco de falsos positivos; o modelo norte-americano, estruturado em torno da desproporcionalidade e de testes de custo, privilegia a previsibilidade e aceita maior risco de falsos negativos; o modelo australiano, ancorado no teste de SLC com análise contrafactual, ocupa posição intermediária.

Integrante responsável: Amanda Athayde

BLOCO III. FRAMEWORK

PROBATÓRIO E DECISÓRIO

8. PAPEL DA INTENÇÃO

8.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 não atribui papel central à intenção da empresa dominante na caracterização do abuso de posição dominante. A abordagem do OFT (hoje CMA) é predominantemente objetiva e baseada em efeitos. O documento afirma expressamente que o efeito provável da conduta sobre clientes e sobre o processo competitivo é mais importante do que a forma específica da conduta, indicando que a análise se concentra nos impactos reais ou prováveis da prática sobre a concorrência e os consumidores.

Assim, a avaliação do abuso é feita a partir das circunstâncias do mercado e dos efeitos concorrenciais da conduta, e não de elementos subjetivos relacionados à motivação da empresa dominante. A intenção pode eventualmente servir como elemento contextual, mas não constitui requisito necessário para a configuração da infração.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

8.2 Japão

Nos guias da JFTC, a intenção excludente não é um requisito essencial para a caracterização de condutas. Ainda assim, a intenção desempenha um papel relevante como elemento indicativo, sendo expressamente considerada no Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) (Part. II).

Em termos práticos, a existência de intenção de excluir concorrentes não é necessária para a caracterização da conduta ou condenação, mas pode reforçar a conclusão de que a conduta possui natureza anticompetitiva. Trata-se, portanto, de um fator probatório inserido nos fatores de análise, que ajuda a interpretar a racionalidade econômica da prática. Assim, quando há indícios de que a conduta foi direcionada à exclusão de rivais, especialmente na ausência de justificativa econômica plausível, aumenta-se a presunção de efeitos excludentes.

Dessa forma, a intenção exerce um papel complementar e corroborativo, contribuindo para a análise, mas sem substituir o critério central dos guias: a verificação dos efeitos concorrenciais da conduta.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

8.3 Estados Unidos

*O relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act** não atribui papel determinante à intenção da empresa dominante na caracterização da monopolização. A abordagem adotada pelo DOJ é predominantemente baseada nos efeitos da conduta sobre a concorrência e na sua capacidade de criar, manter ou reforçar poder monopolístico.*

Embora evidências de intenção possam ser consideradas como elemento contextual ou probatório, elas não constituem requisito autônomo para a configuração da infração. A análise concentra-se principalmente nos efeitos concorrenciais da prática, nas condições de mercado e na existência de justificativas econômicas legítimas. Assim, a responsabilidade sob a Seção 2 depende fundamentalmente da demonstração de efeitos exclusionários e prejuízos ao processo competitivo, e não da motivação subjetiva da empresa investigada.

Integrante responsável: Mariana Trotta

8.4 Austrália

No regime australiano de misuse of market power, a intenção — designada tecnicamente como purpose — é condição suficiente mas não necessária para a configuração da infração. A Seção 46(1) do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) estrutura a proibição sobre três vetores alternativos — propósito, efeito e provável efeito de substantially lessen competition —, bastando que um deles esteja presente (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). As Guidelines da ACCC são categóricas: a rationale comercial da firma é fator analítico relevante para a avaliação do propósito e do efeito da conduta, mas não constitui defesa autônoma — uma firma pode contravir a Seção 46 pelos efeitos de sua conduta mesmo quando não tenha tido propósito exclusionário (ACCC, 2018, p. 7).

Quando presente, o propósito deve ser substantial nos termos da Seção 4F do CCA — sem necessidade de ser o único ou o dominante — e pode ser estabelecido por evidência direta ou por inferência da conduta e das circunstâncias (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 33; ACCC, 2018, p. 7). O Exemplo 3 das Guidelines ilustra que motivações plurais não afastam a infração quando um dos propósitos substanciais for o de substantially lessen competition (ACCC, 2018, p. 9–10), e o Exemplo 5 demonstra que documentos internos da firma constituem evidência direta de propósito (ACCC, 2018, p. 11–12).

Esse modelo contrasta com o regime anterior, vigente até a reforma de 2017, que exigia nexo funcional entre o poder detido e a conduta por meio do critério de taking advantage of market power (ACCC, 2018, p. 2; AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). A reforma consolidou o caráter effects-based do regime, tornando o propósito um de três vetores alternativos de imputação sem hierarquia normativa entre eles.

Integrante responsável: Julio Campos

8.5 México

Os documentos não tratam a intenção subjetiva como requisito autônomo para caracterização de práticas monopólicas relativas. O teste é formulado em termos de objeto ou efeito da conduta: deslocar indevidamente agentes econômicos, impedir-lhes substancialmente o acesso ou estabelecer vantagens exclusivas, etc. (CFC, 2018, p. 6; COFECE, 2020a, p. 11; COFECE, 2020b, p. 10)

*A intenção aparece de forma pontual em outros contextos: **Prácticas Monopólicas Relativas** menciona a “intencionalidad” como um dos elementos para cálculo de multa, e a **Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas** indica que a racionalidade econômica da conduta pode ser informação útil na denúncia. (CFC, 2018, p. 10; COFECE, 2020b, p. 15)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

8.6 União Europeia

De acordo com o guia, o conceito de abuso é objetivo. Em geral, não é necessário demonstrar intenção de excluir para configurar o abuso. O Artigo 102 não exige prova de dolo ou culpa como elemento constitutivo da infração.

Contudo, evidências de intenção excludente podem ser relevantes como fator na avaliação de se a conduta é abusiva. Documentos internos que demonstrem estratégia para excluir concorrentes, ameaças de ação excludente ou planos predatórios podem constituir elementos probatórios relevantes. A intenção pode iluminar a racionalidade econômica da conduta e auxiliar na interpretação de seus efeitos prováveis.

As empresas dominantes têm uma responsabilidade especial de não adotar condutas que prejudiquem a concorrência efetiva. Uma vez que o conceito de abuso é objetivo, geralmente não é necessário demonstrar que uma empresa teve a intenção de prejudicar a concorrência efetiva para configurar um abuso de posição dominante.

O parágrafo 52 do guia indica que uma empresa não pode simplesmente invocar a sua inten-

ção de competir pelo mérito ou o fato de que a mesma conduta é praticada por empresas não dominantes para demonstrar que a sua conduta não se afasta da concorrência pelo mérito.

A única situação em que o guia exige demonstração de intenção como elemento constitutivo do abuso é nos preços predatórios quando os preços se situam na chamada “zona cinzenta”, ou seja, entre CVM/CEM e CTM/CAMLP:

Se os preços se situarem abaixo do CTM ou do CAMLP mas acima do CVM ou do CEM, a prática de fixação de preços pode ser considerada predatória se fizer parte de um plano de eliminação ou de redução da concorrência no mercado relevante. O objetivo desse plano pode ser a eliminação ou a marginalização de um ou mais concorrentes específicos, ou a eliminação ou redução da concorrência como tal. Para demonstrar a existência de tal plano, pode recorrer-se a provas diretas, provas indiretas, ou ambas, desde que essas provas sejam sólidas e consistentes.

Em contraste, quando os preços se situam abaixo do CVM/CEM (a “zona negra”), não é necessário demonstrar qualquer plano ou intenção, pois presume-se que a empresa dominante não prossegue outro objetivo econômico que não a eliminação dos seus concorrentes.

As provas diretas de intenção eliminatória incluem, em particular, declarações contemporâneas feitas no interior da empresa dominante, tais como e-mails, cartas, apresentações, atas e notas de reuniões, bem como declarações externas, tais como ameaças dirigidas a concorrentes.

As provas indiretas podem ser descritas como uma série de fatores importantes e convergentes que demonstram a existência de uma intenção eliminatória, e que podem dizer respeito, em particular, à duração, à continuidade e à escala das vendas abaixo do custo, bem como ao caráter direcionado e à importância do mercado (segmento) no qual a prática de preços abaixo do custo ocorre.

Embora o abuso de posição dominante seja um conceito objetivo, para o qual não é necessário estabelecer intenção excludente, provas de tal intenção podem ainda ser relevantes para efeitos de configuração de um abuso. Tais provas podem incluir: (i) documentos internos que indiquem uma estratégia de exclusão de concorrentes atuais ou potenciais, como um plano para adotar determinada conduta com o objetivo de excluir um concorrente, impedir a entrada ou impedir o surgimento de um mercado; ou (ii) ameaças concretas de ação excludente.

A possível existência de uma estratégia destinada a excluir concorrentes atuais ou potenciais da empresa dominante não é legalmente exigida para demonstrar a capacidade da conduta de produzir efeitos excludentes, mas pode desempenhar um papel importante na avaliação nos casos em que for estabelecida.

No contexto de descontos e acordos de exclusividade, a Comissão deve considerar, entre os fatores, “a existência de uma estratégia visando excluir concorrentes que sejam pelo menos tão eficientes quanto a dominante”, ou seja, estratégia/intenção excludente como fator relevante na aná-

lise, conforme reiterado em Commission v Intel (C-413/14 P).

Se as práticas em causa foram deliberadas ou, pelo contrário, apenas acidentais, não é relevante para a avaliação de uma defesa de eficiência.

O ônus da prova para uma defesa de necessidade objetiva ou de eficiência recai sobre a empresa dominante, e alegações vagas, gerais e teóricas não são suficientes.

Este princípio é a outra face da moeda do conceito objetivo de abuso: assim como a intenção excludente não é necessária para configurar o abuso, a intenção procompetitiva (ou a ausência de intenção excludente) não é suficiente para fundamentar uma defesa de eficiência. O que importa são os efeitos objetivos da conduta.

O EU 2023 Policy Brief não contém uma seção dedicada ao papel da intenção. No entanto, enquadra a abordagem geral de uma forma que é indiretamente relevante.

As Orientações sobre Prioridades de Aplicação de 2008 enquadravam os preços predatórios decompondo a predação nos seus componentes: “incorrer deliberadamente em perdas ou renunciar a lucros a curto prazo, de modo a excluir ou ser suscetível de excluir um ou mais dos seus concorrentes atuais ou potenciais, com vista a reforçar ou manter o seu poder de mercado, causando assim dano ao consumidor”.

O EU 2023 Policy Brief mantém esta abordagem baseada em efeitos, na qual a intenção de incorrer deliberadamente em perdas é um componente do enquadramento analítico da predação, mas não é uma condição autônoma para outros tipos de abuso.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

8.7 Chile

No sistema chileno, a intenção não é um elemento constitutivo necessário para a configuração de abuso de posição dominante. A cláusula geral do Artigo 3° do DL 211 refere-se a atos que “impeçam, restrinjam ou entorpeçam a concorrência, ou que tendam a produzir tais efeitos” — focando nos efeitos, e não na intenção.

Contudo, evidências de intenção anticompetitiva (documentos internos, comunicações, estratégias) podem ser utilizadas como elemento probatório de reforço na demonstração dos efeitos da conduta. A Corte Suprema, no caso do “cartel do fogo” (2023), afirmou que o intercâmbio de informações comerciais sensíveis “revela a intenção de colidir”, demonstrando o uso da intenção como evidência indireta.

O TDLC avalia primordialmente os efeitos da conduta sobre a concorrência, mas documentos internos que demonstrem estratégia deliberada de exclusão de concorrentes podem reforçar a tese

de abuso. No caso BCI Bank (2023), evidências de que o banco havia imposto requisitos formais não previstos nos termos da licitação com o objetivo de favorecer empresa relacionada foram utilizadas para demonstrar a natureza discriminatória e intencional da conduta. A FNE também utiliza evidências de buscas e apreensões (dawn raids) — especialmente documentos e comunicações internas — como elemento de prova de intenção em investigações de condutas unilaterais.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

8.8 Conclusões preliminares sobre o papel da intenção

Em todas as jurisdições analisadas, a intenção não constitui requisito autônomo ou determinante para a caracterização do abuso de posição dominante. A abordagem predominante é objetiva e baseada em efeitos: o que importa é a capacidade da conduta de produzir danos ao processo competitivo, e não a motivação subjetiva da empresa. Todas as jurisdições reconhecem, contudo, que evidências de intenção excludente (documentos internos, estratégias deliberadas, ameaças a concorrentes) podem servir como elemento probatório complementar, reforçando a conclusão de que a conduta possui natureza anticompetitiva.

As nuances residem no peso atribuído à intenção e nas hipóteses excepcionais em que ela se torna relevante. A UE é a mais detalhada: embora o abuso seja conceito objetivo, exige demonstração de plano de eliminação especificamente para preços predatórios na zona intermediária (entre CVM e CTM), e considera estratégia excludente como fator relevante na análise de descontos e exclusividade. A Austrália destaca-se por adotar o *purpose* como um dos três vetores alternativos (não cumulativos) de imputação, bastando que o propósito exclusionário seja “substancial” (sem necessidade de ser único ou dominante). O México formula o teste em termos de “objeto ou efeito” da conduta, com a intenção relevante apenas para cálculo de multa. Os EUA, o Japão, o Reino Unido e o Chile adotam posição intermediária: a intenção não é necessária, mas pode reforçar a tese de ilicitude ao iluminar a racionalidade econômica da prática, especialmente na ausência de justificativa comercial plausível.

Todas as jurisdições analisadas afirmam que a intenção não é elemento constitutivo do abuso, mas nenhuma delas, à exceção parcial da União Europeia, oferece critérios operacionais sobre como ponderá-la.

Integrante responsável: Amanda Athayde

9. SAFE HARBORS / THRESHOLDS

9.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 não estabelece safe harbors específicos para condutas abusivas. O documento não prevê limites que afastem automaticamente a investigação ou a condenação por abuso de posição dominante.

Os parâmetros apresentados pelo guia referem-se principalmente à análise de dominância:

- 1. Participação de mercado acima de 50%: O guia indica que, conforme a jurisprudência europeia, a dominância pode ser presumida quando a empresa mantém participação de mercado persistentemente superior a 50%, salvo prova em contrário (Seção 4.18).*
- 2. Participação de mercado abaixo de 40%: O OFT (hoje CMA) considera improvável a caracterização de dominância abaixo de 40%, embora admita exceções quando outros fatores, como barreiras à entrada elevadas ou fragilidade dos concorrentes, indiquem poder de mercado substancial (Seção 4.18).*
- 3. Faixa intermediária entre 40% e 50%: Nessa hipótese, a análise depende da avaliação conjunta de fatores estruturais e concorrenciais do mercado.*

O guia também prevê hipótese limitada de imunidade a penalidades financeiras para condutas de menor relevância econômica (“conduct of minor significance”) envolvendo empresas com faturamento anual inferior a £50 milhões, aplicável apenas à Chapter II prohibition e não ao art. 82. Essa regra não impede a investigação nem afasta a possibilidade de reconhecimento da infração, restringindo-se à aplicação de multa.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

9.2 Japão

Nos Guias, não há safe harbors formais ou thresholds rígidos que excluam automaticamente condutas da aplicação da lei, prevalecendo uma abordagem baseada em efeitos e análise caso a caso. Como visto, existe apenas um limiar indicativo de priorização em torno de 50% de participação de mercado, que orienta a atuação da JFTC, mas não funciona como critério legal absoluto de licitude ou ilicitude.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

9.3 Estados Unidos

*O documento demonstrou preocupação recorrente com a criação de **safe harbours**, no sentido de maior segurança jurídica e redução do risco de condenação de condutas potencialmente pró-competitivas. Não há contudo, safe harbour que excluam automaticamente condutas da aplicação da lei, prevalecendo uma abordagem baseada em efeitos. O DOJ defendeu que, sempre que possível, a aplicação da Seção 2 do Sherman Act deve incorporar critérios objetivos capazes de excluir, de forma relativamente segura, situações com baixa probabilidade de dano concorrencial. Exemplos dessa abordagem incluem a preferência por testes baseados em custos para práticas de preço predatório e descontos de fidelidade, bem como a discussão sobre a possibilidade de um safe harbour relacionado à participação de mercado para a caracterização do poder monopolístico. A justificativa central é evitar falsos positivos e preservar incentivos à competição por preços, à inovação e à eficiência econômica, reconhecendo que intervenções equivocadas podem gerar custos concorrenciais superiores aos benefícios esperados da aplicação da norma.*

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

9.4 Austrália

O regime australiano de misuse of market power não contempla safe harbors formais nem thresholds numéricos de participação de mercado ou faturamento que operem como critérios de isenção automática da Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”). As Guidelines da ACCC afirmam expressamente que a autoridade não adota limiar de participação de mercado para determinar a existência de substantial degree of market power, avaliando o conjunto de fatores de restrição competitiva efetiva caso a caso (ACCC, 2018, p. 6). As Seções 46(5) e 46(7) do CCA reforçam esse caráter contextual ao esclarecer que o poder substancial existe mesmo sem controle absoluto do mercado e que mais de uma corporação pode simultaneamente detê-lo (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295–296).

O CCA prevê quatro mecanismos de isenção ou modulação do regime, sem configurar safe harbors automáticos: (i) exceção por autorização legal específica em lei federal, estadual ou territorial que faça referência expressa ao CCA, bem como exclusões setoriais expressas da Seção 51(2) para condutas trabalhistas, padrões técnicos, joint ventures e exportações (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 313 e p. 316–317); (ii) autorização prévia individual pela ACCC, nos termos da Seção 88, condicionada à demonstração de ausência de efeito de SLC ou de benefício público líquido nos

termos da Seção 90(7) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 372–373 e p. 378–379; ACCC, 2018, p. 17); (iii) class exemptions por instrumento legislativo da ACCC, previstas na Seção 95AA, aplicáveis erga omnes a categorias de conduta por até dez anos (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 427); e (iv) orientações qualitativas das Guidelines sobre condutas que não levantam preocupações concorrenciais — inovação, eficiência, resposta competitiva acima do custo —, sem caráter vinculante para as cortes (ACCC, 2018, p. 15). Cabe registrar ainda que a antiga isenção de propriedade intelectual da Seção 51(3) foi integralmente revogada em 2019, submetendo o licenciamento de ativos intangíveis ao teste geral de SLC (AUSTRÁLIA, 2026, VOL03, p. 566–567).

Integrante responsável: Julio Campos

9.5 México

*Os documentos não estabelecem **safe harbors** ou **thresholds quantitativos** para afastar a configuração de práticas monopólicas relativas. A análise depende do caso concreto, especialmente da existência de poder substancial no mercado relevante e dos efeitos ou objeto da conduta. (CFC, 2018, p. 6; COFECE, 2020a, p. 11; COFECE, 2020b, p. 15)*

*A **Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas** prevê apenas uma hipótese processual de improcedência: quando for notório que o agente denunciado não possui poder substancial no mercado relevante. (COFECE, 2020b, p. 25)*

Integrante responsável: Vítor Fuks

9.6 União Europeia

O EU Draft Guidelines estabelece dois limiares de participação de mercado que operam exclusivamente na aferição da dominância, e não na avaliação da conduta: (i) participação de 50% ou superior, que gera presunção de dominância, uma vez que participações de mercado muito elevadas constituem, em si mesmas, salvo circunstâncias excepcionais, prova da existência de posição dominante; e (ii) participação inferior a 10%, que exclui a dominância, dado que participações nesse patamar excluem a existência de posição dominante, salvo circunstâncias excepcionais.

Não existe limiar de minimis para efeitos de determinação de infração ao artigo 102.º TFUE. Qualquer efeito excludente real ou potencial de uma conduta que se afaste da concorrência pelo mérito constituirá um enfraquecimento adicional da concorrência e será, como tal, abrangido pelo artigo 102.º. Uma vez estabelecido um efeito real ou potencial, não é necessário provar que esse efeito é de natureza grave ou apreciável.

Uma vez configurada a dominância, não existem portos seguros formais. Contudo, a defesa de eficiência e justificação objetiva (seção 5 do guia) pode justificar a conduta. Adicionalmente, o

teste do concorrente igualmente eficiente pode funcionar como referência analítica em casos de preços, indicando que preços que permitem a operação lucrativa de um concorrente igualmente eficiente não constituem abuso.

O EU 2023 Policy Brief não contém uma seção dedicada a portos seguros ou limiares. No entanto, estabelece duas posições indiretamente relevantes: (i) o teste do concorrente igualmente eficiente não é generalizável, pois o resumo conclui que «o uso generalizado desse teste para determinar quais os casos de conduta excludente baseada em preços a prosseguir como prioridade não é justificado»; e (ii) o resultado do teste não é conclusivo, pois mesmo quando realizado, o teste permanece apenas um elemento na avaliação concorrencial global, sendo que o fato de a conduta de preços “passar” no teste não deve ser considerado indicação conclusiva de que a conduta não é suscetível de afetar negativamente a concorrência.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

9.7 Chile

O DL 211 não estabelece safe harbors ou limiares quantitativos formais para condutas unilaterais abusivas. Não há presunção legal de dominância a partir de determinada participação de mercado, nem safe harbors abaixo dos quais uma conduta seria considerada inocente.

O Guia de Restricciones Verticales (2014) se refere a indicadores de poder de mercado (participação de mercado, barreiras à entrada, contrapoder dos compradores), mas sem estabelecer thresholds numéricos de exclusão. Assim, embora indique que a probabilidade de dano anticompetitivo é maior quando o agente detém “poder de mercado significativo”, ele não estabelece o nível a partir do qual este se configura.

No âmbito de fusões, a FNE utiliza limiares de 20% (horizontal) e 30% (vertical) para definir mercados afetados, mas estes não se aplicam diretamente a condutas unilaterais.

No Chile, mesmo agentes com participação de mercado relativamente baixa podem ser considerados dominantes se outros fatores (barreiras à entrada, ausência de concorrentes viáveis, integração vertical) assim indicarem. Inversamente, altas participações de mercado podem ser insuficientes para configuração de dominância se o mercado for contestável.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

9.8 Conclusões preliminares sobre safe harbors e thresholds

Nenhuma das jurisdições analisadas estabelece safe harbors formais ou thresholds quantitativos rígidos que excluam automaticamente condutas unilaterais da aplicação da lei concorrencial.

Todas adotam abordagem contextual e caso a caso para a avaliação de condutas abusivas, sem que parâmetros numéricos funcionem como critérios absolutos de licitude. Há convergência também no sentido de que limiares de participação de mercado, quando existentes, operam exclusivamente na aferição de dominância ou poder de mercado, e não como excludentes da análise de conduta.

As diferenças concentram-se na existência de presunções e mecanismos de modulação. A UE presume dominância acima de 50% e exclui dominância abaixo de 10%, mas não prevê limiar de minimis para a infração (qualquer efeito excludente potencial é abrangido). O Reino Unido utiliza presunção acima de 50% e prevê imunidade limitada a penalidades financeiras para empresas com faturamento inferior a £50 milhões. Os EUA priorizam a criação de safe harbours por tipo de conduta (testes baseados em custos como proxy para licitude), sem estabelecê-los formalmente. A Austrália recusa expressamente qualquer limiar fixo de participação e oferece autorização prévia individual como mecanismo de imunidade. O México prevê apenas hipótese processual de improcedência quando é notória a ausência de poder substancial. O Japão utiliza 50% como mero critério de priorização investigativa. O Chile não estabelece quaisquer thresholds legais, mantendo análise integralmente contextual.

A ausência universal de safe harbors formais não significa ausência de filtros. Na prática, todas as jurisdições operam com triagens implícitas: testes de custo que tornam improvável a condenação, patamares de participação abaixo dos quais a investigação raramente prossegue, ou critérios de priorização não publicados. A diferença relevante é que essas triagens permanecem, em boa parte, opacas para os administrados.

Integrante responsável: Amanda Athayde

10. JUSTIFICAÇÕES OBJETIVAS / EFICIÊNCIAS

10.1 Reino Unido

O guia UK OFT 402 deixa claro que não existem mecanismos de isenção para abuso de posição dominante baseados em benefícios econômicos ou sociais. Diferentemente das regras aplicáveis a acordos e cartéis, o regime de abuso de dominância não prevê isenções individuais ou em bloco.

Isso não significa, contudo, que toda conduta restritiva seja automaticamente abusiva. O guia reconhece que determinadas práticas podem ser objetivamente justificadas quando baseadas em razões técnicas, comerciais ou econômicas legítimas (justificação objetiva). Como exemplo, menciona que a recusa de fornecimento pode ser válida diante da baixa solvabilidade do cliente, caracterizando medida comercial legítima e não tentativa de exclusão concorrencial.

*Nesses casos, a empresa dominante deve demonstrar que a conduta é **proporcional** ao objetivo buscado, isto é, que não adota restrições além do necessário para atingir a finalidade legítima alegada.*

O documento também esclarece que o exercício legítimo de direitos de propriedade intelectual não configura abuso. Entretanto, o modo de exercício desses direitos pode gerar preocupações concorrenciais quando utilizado para transferir poder de mercado de um setor para outro ou impedir o desenvolvimento de novos mercados.

Em síntese, o guia (hoje aplicado pela CMA) adota abordagem baseada em efeitos: a conduta será considerada abusiva quando restringir a concorrência ou explorar o mercado de forma injustificada. A justificativa objetiva funciona como elemento apto a demonstrar que o comportamento possui racionalidade econômica legítima e não representa exercício abusivo de poder de mercado.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

10.2 Japão

Conforme o Guia substantivo sobre monopolização privada exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) (Part. III, item 2, D e E), no âmbito da análise de condutas potencialmente excludentes, a JFTC admite que determinados comportamentos podem ser justificados por eficiências econômicas ou razões objetivas, desde que atendidos critérios rigorosos.

Primeiramente, a autoridade reconhece que a exclusão de concorrentes pode ser resultado legítimo de competição baseada em mérito, como quando uma empresa melhora sua produtividade, reduz custos ou oferece produtos de maior qualidade. Nesses casos, a dificuldade enfrentada por concorrentes menos eficientes não configura ilicitude, pois decorre do funcionamento normal da concorrência que o Antimonopoly Act busca promover.

Além disso, eficiências associadas à conduta (e.g., economias de escala, integração produtiva, especialização de ativos, redução de custos logísticos e aprimoramento de atividades de pesquisa e desenvolvimento) podem ser consideradas na avaliação concorrencial. Contudo, para que tais eficiências sejam levadas em conta, a JFTC exige dois requisitos cumulativos: (i) que elas sejam específicas à conduta analisada, não podendo ser alcançadas por meios menos restritivos à concorrência; e (ii) que seus benefícios sejam efetivamente transferidos aos consumidores, por meio de redução de preços, melhoria da qualidade ou introdução de novos produtos, resultando em aumento do bem-estar dos usuários. Assim, a análise não se limita à existência de ganhos de eficiência, mas também à sua necessidade e aos seus efeitos concretos no mercado.

Por fim, a JFTC admite, de forma excepcional, justificações baseadas em interesses públicos relevantes, como segurança e saúde dos consumidores. Nesses casos extraordinários, mesmo uma conduta potencialmente excludente pode não ser considerada ilícita se demonstrar que protege os consumidores e contribui para o desenvolvimento econômico saudável, em linha com os objetivos da Antimonopoly Act.

Ainda assim, essas justificativas são aplicadas de forma restrita, sobretudo porque, quando a conduta resulta na criação de um monopólio ou situação monopolística, a tendência é que se conclua pela existência de restrição substancial da concorrência, afastando a possibilidade de justificativa.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

10.3 Estados Unidos

O relatório Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act reconheceu papel relevante às justificativas comerciais (business justifications) na análise de condutas unilaterais. Embora a existência de poder monopolístico e de efeitos anticoncorrenciais seja elemento central da avaliação, o DOJ enfatizou que muitas práticas adotadas por empresas dominantes podem ser explicadas por razões legítimas de negócios, associadas à eficiência econômica, à inovação, à redução de custos ou à melhoria da qualidade dos produtos e serviços.

Ao longo dos diferentes capítulos, o relatório destaca que a identificação de uma justificativa comercial plausível constitui etapa importante para distinguir comportamentos que integram o processo competitivo daqueles que visam exclusivamente excluir rivais ou preservar artificialmente o poder de mercado. Nesse sentido, a mera existência de efeitos adversos sobre concorrentes não é

suficiente para caracterizar uma infração, uma vez que a concorrência legítima frequentemente produz impactos negativos sobre empresas rivais.

O documento também ressaltou que a análise das justificativas objetivas deve ser realizada de forma contextualizada. A autoridade deve examinar se a prática efetivamente produz ganhos de eficiência, reduções de custos, incentivos à inovação ou outros benefícios econômicos verificáveis. Em diversas passagens, o relatório demonstra preocupação em evitar que a aplicação da Seção 2 condene condutas que geram benefícios aos consumidores, ainda que possam dificultar a atuação de concorrentes menos eficientes.

Por fim, o DOJ adota uma abordagem de ponderação entre os potenciais efeitos anticoncorrenciais e as justificativas econômicas apresentadas pela empresa. Em linha com o chamado disproportionality test, discutido no Capítulo 3, o relatório sugere que a intervenção antitruste somente se justifica quando os prejuízos concorrenciais forem substancialmente superiores aos benefícios decorrentes da conduta. Dessa forma, as justificativas objetivas desempenham função relevante como mecanismo de filtragem, contribuindo para evitar falsos positivos e preservar práticas empresariais capazes de promover eficiência, inovação e bem-estar dos consumidores.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

10.4 Austrália

O regime australiano de misuse of market power não contempla defesa de eficiência autônoma nem justificação objetiva formal que opere como contraprova à configuração da infração da Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295). As Guidelines da ACCC são categóricas: a rationale comercial da firma é fator analítico relevante para a avaliação do propósito e do efeito da conduta, mas “will not amount to a defence” — uma firma pode contravir a Seção 46 pelos efeitos de sua conduta mesmo sem propósito exclusionário (ACCC, 2018, p. 7).

O regime canaliza a análise das eficiências para a delimitação do próprio conceito de SLC, e não para uma defesa posterior. Condutas genuinamente pró-competitivas — inovação, redução eficiente de custos, resposta competitiva por preços acima do custo — tipicamente não produzem SLC e, portanto, não atingem o threshold de ilicitude da norma (ACCC, 2018, p. 15–16). O Exemplo 12 das Guidelines ilustra esse raciocínio: a cobrança de preço elevado sobre produto patentado resultante de P&D intensivo não contravém a Seção 46, pois constitui recompensa legítima pela inovação que incentiva a rivalidade, não conduta exclusionária (ACCC, 2018, p. 16–17).

O único veículo formal de ponderação de eficiências é o regime de autorização prévia da Seção 88 do CCA, pelo qual a ACCC pode conceder autorização quando a conduta for “likely to result in a net public benefit” que supere o prejuízo público decorrente (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 372–373; ACCC, 2018, p. 17). De forma análoga, a Seção 95AA permite à ACCC emitir class exemptions para categorias de conduta que não produziram SLC ou gerariam benefício público líquido (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 427). Ambos os mecanismos operam no plano procedimental da autorização ex ante, não como defesa judicial autônoma integrada ao ilícito.

Integrante responsável: Julio Campos

10.5 México

Os documentos tratam expressamente de eficiências como possível justificativa para afastar a ilicitude de práticas monopólicas relativas. A prática somente será sancionável se os ganhos de eficiência não superarem os efeitos anticompetitivos e não resultarem em melhoria do bem-estar do consumidor. (CFC, 2018, p. 5; COFECE, 2020a, p. 6, 17 e 18)

Integrante responsável: Vítor Fuks

10.6 União Europeia

O guia prevê dois tipos de justificação: (1) defesa de necessidade objetiva, segundo a qual a conduta é objetivamente necessária por razões comerciais ou técnicas legítimas, devendo ser proporcional ao objetivo perseguido; e (2) defesa de eficiência, sujeita a quatro condições cumulativas: (a) os ganhos de eficiência contrabalançam os efeitos negativos sobre a concorrência e os consumidores; (b) os ganhos resultam da conduta específica; (c) a conduta é necessária para a realização dos ganhos; e (d) a conduta não elimina a concorrência efetiva.

A defesa de necessidade objetiva deve basear-se em provas de que o comportamento da empresa dominante foi objetivamente necessário para atingir um determinado objetivo. Os efeitos de exclusão reais ou potenciais resultantes da conduta devem ser proporcionais ao objetivo alegado. A condição de proporcionalidade não está preenchida quando o mesmo objetivo pode ser alcançado por meios menos restritivos da concorrência.

Em síntese, a defesa exige demonstração cumulativa de: (1) que a conduta é objetivamente necessária para atingir um objetivo legítimo; e (2) que os efeitos excludentes são proporcionais a esse objetivo, não existindo alternativa menos restritiva.

Para provar uma defesa de eficiência, incumbe à empresa dominante demonstrar que as seguintes quatro condições cumulativas estão preenchidas: (a) Contrabalanceamento: Os ganhos de eficiência prováveis resultantes da conduta em causa contrabalançam quaisquer efeitos negativos

prováveis sobre a concorrência e sobre os interesses dos consumidores nos mercados afetados; (b) Nexo causal: Os ganhos foram, ou são suscetíveis de ter sido, gerados como resultado da conduta; (c) Necessidade/Indispensabilidade: A conduta é necessária para a obtenção desses ganhos de eficiência; e (d) Não eliminação da concorrência: A conduta não elimina a concorrência efetiva, removendo todas ou a maioria das fontes existentes de concorrência real ou potencial.

O ônus da prova quanto às justificações recai sobre a empresa dominante. Alegações vagas, gerais ou teóricas são insuficientes — a empresa deve apresentar evidências específicas e verificáveis dos ganhos de eficiência alegados e de sua transmissão aos consumidores.

A proporcionalidade é requisito essencial: a conduta deve ser indispensável para alcançar os ganhos de eficiência, e não deve existir alternativa menos restritiva da concorrência que permita alcançar os mesmos benefícios. (EU 2024 — Draft Guidelines Art. 102 TFUE, parágrafos 169-171)

Uma vez que a empresa dominante tenha alegado a justificação com argumentos e provas, cabe à Comissão demonstrar, se pretender concluir pela existência de abuso, que esses elementos não prevalecem e que a justificação não pode ser aceite.

A defesa de eficiência não pode ser aceita se os efeitos de exclusão produzidos pela conduta não tiverem relação com as alegadas vantagens para os consumidores, ou se esses efeitos forem além do necessário para obter tais vantagens.

Se as práticas em causa foram deliberadas ou, pelo contrário, apenas acidentais, não é relevante para a avaliação de uma defesa de eficiência. Este princípio reforça a natureza objetiva tanto do conceito de abuso como da defesa de eficiência, pois o que importa são os efeitos objetivos da conduta, não a motivação subjetiva da empresa.

O ônus da prova tanto para a defesa de necessidade objetiva como para a defesa de eficiência recai sobre a empresa dominante. Alegações vagas, gerais e teóricas, ou que se baseiem exclusivamente nos interesses comerciais próprios da empresa dominante, não são suficientes para demonstrar uma defesa de eficiência.

O EU 2023 Policy Brief não contém uma seção dedicada a justificações objetivas ou à defesa de eficiência. No entanto, o resumo descreve a evolução de uma abordagem formalista para uma abordagem baseada em efeitos, na qual as prioridades são definidas levando em conta os efeitos potenciais da conduta, por meio da análise da dinâmica de mercado.

O EU 2023 Policy Brief alerta para o risco de uma implementação excessivamente rígida da abordagem baseada em efeitos tornar a intervenção onerosa ou até impraticável, com consequências negativas para consumidores, economia e sociedade.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

10.7 Chile

O Guia de Restricciones Verticales (2014) estabelece expressamente a possibilidade de defesa baseada em eficiências. Segundo o guia, uma vez identificados riscos anticompetitivos, a FNE avaliará se existem eficiências verídicas e justificáveis que sirvam de contrapeso eficaz aos riscos gerados pela restrição. A análise é qualitativa, verificando se as eficiências compensam os riscos. Os requisitos são semelhantes aos adotados internacionalmente: as eficiências devem ser (i) verificáveis, (ii) inerentes à conduta, (iii) capazes de compensar o aumento de poder de mercado, e (iv) transferidas aos consumidores. O TDLC também aceita justificações objetivas, como a ausência de viabilidade econômica do fornecimento ou a solvabilidade do cliente.

No âmbito de fusões, a FNE aplica critérios similares para eficiências, conforme as Diretrizes de Concentrações Horizontais (2021): as eficiências devem ser verificáveis, inerentes à transação, capazes de compensar o aumento de poder de mercado e transferidas aos consumidores. As diretrizes reconhecem tanto eficiências produtivas quanto dinâmicas (inovação).

O estudo da OCDE sobre defesas de eficiência em restrições verticais na América Latina (2021) observou que, na prática, a aceitação de defesas de eficiência em casos de condutas unilaterais no Chile tem sido rara, refletindo a dificuldade probatória que os investigados enfrentam para demonstrar que os benefícios superam os danos. Justificações objetivas aceitas pelo TDLC incluem: solvabilidade do cliente, necessidade de proteger investimentos legítimos, gestão de risco regulatório e ausência de viabilidade econômica do fornecimento.

Fonte: <https://centrocompetencia.com/ocde-las-defensas-de-eficiencia-frente-a-restricciones-verticales-en-latinoamerica-y-el-caribe/>

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

10.8 Conclusões preliminares sobre justificações objetivas e eficiências

Todas as jurisdições reconhecem a possibilidade de justificações objetivas ou eficiências como elemento relevante na análise de condutas unilaterais, admitindo que práticas com efeitos restritivos podem ser legítimas quando fundadas em razões comerciais, técnicas ou econômicas plausíveis.

Há convergência quanto ao princípio da proporcionalidade: a justificativa deve ser adequada e necessária para atingir o objetivo legítimo, não podendo existir alternativa menos restritiva à concorrência que produza os mesmos benefícios. Também há consenso de que eficiências meramente teóricas, vagas ou genéricas não são suficientes.

As diferenças residem no status normativo e na distribuição do ônus. A UE é a mais estru-

turada, distinguindo entre defesa de necessidade objetiva e defesa de eficiência (quatro requisitos cumulativos: contrabalanceamento, nexo causal, necessidade e não eliminação da concorrência efetiva), com ônus integral sobre a empresa dominante. O Reino Unido não prevê mecanismo de isenção, mas admite justificativa objetiva desde que proporcional. Os EUA adotam modelo de ponderação (disproportionality test), em que a intervenção só se justifica quando os prejuízos concorrenciais são substancialmente superiores aos benefícios. A Austrália não contempla defesa de eficiência autônoma, canalizando a análise para a delimitação do próprio conceito de SLC (condutas genuinamente pró-competitivas não atingem o threshold de ilicitude); apenas autorização prévia individual permite isenção formal. O Japão exige cumulativamente que as eficiências sejam específicas à conduta e que seus benefícios sejam transferidos aos consumidores, admitindo excepcionalmente justificativas de interesse público. O México prevê expressamente que a conduta só será sancionável se as eficiências não superarem os efeitos anticompetitivos. O Chile admite defesa de eficiências com requisitos semelhantes às melhores práticas internacionais, embora na prática a aceitação tenha sido rara.

A comparação evidencia que o valor prático das defesas de eficiência depende menos de seu reconhecimento formal — presente em todas as jurisdições — do que da explicitação de seus requisitos e do momento processual de sua apresentação. O modelo europeu, com quatro requisitos cumulativos e ônus integral da empresa, é o mais estruturado e, por isso, o mais previsível, ainda que também o mais exigente.

Na prática, defesas de eficiência raramente prosperam em casos de conduta unilateral em qualquer das jurisdições analisadas, o que sugere que sua função principal é disciplinar o ônus argumentativo das partes, e não abrir via realista de exculpação.

Integrante responsável: Amanda Athayde

11. EVIDÊNCIAS ECONÔMICAS

11.1 Reino Unido

O guia não dedica capítulo exclusivo à evidência econômica, mas toda a avaliação é fundamentada em análise econômica baseada em efeitos, priorizando a realidade do mercado sobre a forma jurídica das condutas. Dominância é definida como posição de força econômica que permite comportamento independente de concorrentes e clientes. O fundamento metodológico é que o efeito provável da conduta sobre clientes e processo de competição é mais importante que a forma específica do comportamento, exigindo exame detalhado do mercado dos efeitos reais ou prováveis antes de concluir por infração.

Na definição de mercado relevante, a importância econômica do mercado de produtos em relação ao mercado total é critério para determinar se constitui parte substancial. Em dominância coletiva, “elos econômicos”, estruturais ou de adoção de política comum, são critério material. A evidência econômica também identifica se a empresa possui incentivo para prejudicar a concorrência através de elevação de barreiras, enfraquecimento de concorrentes ou retardo de inovação. O guia reconhece a complexidade técnica e remete ao OFT (hoje CMA) 415 para análise especializada do poder de mercado. A evidência econômica transforma análise jurídica em avaliação funcional do impacto das condutas no bem-estar do consumidor e estrutura competitiva.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

11.2 Japão

Os guias da JFTC são organizados de forma que as evidências econômicas são incorporadas à análise por meio dos fatores de análise, que constituem o principal instrumento de avaliação das condutas.

No lugar de critérios formais ou provas isoladas, a JFTC examina um conjunto de elementos (e.g., estrutura do mercado, posição das empresas, existência de alternativas e duração e intensidade da prática) para verificar seus efeitos concorrenciais. Esses fatores funcionam, portanto, como a base empírica da análise, permitindo identificar se a conduta é capaz de excluir concorrentes e restringir a concorrência, dentro de uma abordagem contextual e orientada a efeitos.

De forma específica, no Guia Substantivo sobre Monopolização Privada Exclusionária (Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act), a JFTC examina,

entre outros fatores: participação de mercado, estrutura do mercado, barreiras à entrada, economias de escala, posição relativa das empresas, duração e intensidade da prática e efeitos sobre concorrentes igualmente eficientes.

No Guia Relativo às Vendas a Preços Injustamente Baixos nos Termos do Antimonopoly Act (Guidelines concerning unjust low price sales under the Antimonopoly Act), a análise econômica inclui: relação entre preço e custos variáveis, continuidade da prática e aptidão para causar dificuldades aos rivais.

Já nos guias sobre abuso de posição superior de barganha, a prova econômica se concentra em elementos como: grau de dependência, posição da contraparte no mercado, possibilidade de trocar de parceiro comercial e outras circunstâncias concretas que demonstrem a superioridade relacional da parte investigada.

Finalmente, no Guia sobre Sistemas de Distribuição e Práticas Comerciais nos termos do Antimonopoly Act (Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act), a análise econômica considera especificamente as condições da concorrência inter-marca e intra-marca, a posição de mercado da empresa que impõe a restrição, o impacto da restrição sobre os parceiros comerciais afetados, bem como o número e a posição concorrencial desses parceiros, a fim de avaliar se a prática tende a impedir a concorrência leal no contexto de restrições verticais.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

11.3 Estados Unidos

*O relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act** atribuiu papel central às eficiências econômicas na análise das condutas unilaterais. O DOJ reconhece que práticas adotadas por empresas dominantes podem gerar benefícios legítimos aos consumidores e ao funcionamento dos mercados, razão pela qual não devem ser consideradas ilícitas apenas porque dificultam a atuação de concorrentes.*

Ao longo do documento, são mencionados diversos exemplos de eficiências. Nos descontos de fidelidade, destacam-se a redução da volatilidade da demanda, a maior previsibilidade das vendas e a diminuição de custos de produção. Em casos de tying e bundling, o relatório aponta ganhos decorrentes da integração de produtos complementares, da redução de custos de transação e da simplificação das escolhas dos consumidores. Nos acordos de exclusividade, são mencionados incentivos a investimentos específicos e à promoção dos produtos. Já na análise das recusas de contratar, o DOJ enfatiza a necessidade de preservar os incentivos à inovação e ao investimento.

De forma geral, o relatório considerou que as eficiências econômicas devem ser ponderadas

juntamente com os potenciais efeitos anticoncorrenciais da conduta, servindo como importante elemento para distinguir práticas exclusionárias de estratégias competitivas legítimas.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

11.4 Austrália

O regime australiano de misuse of market power não estabelece regras específicas sobre tipo, hierarquia ou peso da evidência econômica exigida para a demonstração dos elementos constitutivos da Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295–296). A disciplina opera por referência às Guidelines da ACCC, que articulam o quadro metodológico relevante sem prescrever métodos únicos ou obrigatórios, e pelos princípios gerais de direito probatório australiano aplicados pelo Federal Court.

As Guidelines estruturam a análise econômica em três planos. Para a definição do mercado relevante, adotam o modelo de substituição de demanda e oferta — “focusing process” orientado pela realidade comercial e pelos propósitos da lei, conforme formulação do High Court em ACCC v Flight Centre [2016] —, reconhecendo que fronteiras precisas não são possíveis nem necessárias (ACCC, 2018, p. 4–5). Para a aferição do substantial degree of market power, a análise é multifatorial e qualitativa, considerando concentração, barreiras à entrada, diferenciação de produto e relacionamentos verticais, sem hierarquia entre categorias de evidência e sem limiar de participação de mercado (ACCC, 2018, p. 6). Para a verificação de SLC, a ferramenta central é o with or without test — comparação contrafactual do estado provável da concorrência com e sem a conduta —, sendo o standard de “meaningful or relevant to the competitive process” ancorado nos precedentes Rural Press v ACCC (2003) e Universal Music v ACCC (2003) (ACCC, 2018, p. 7–8).

No plano dos poderes de investigação, a Seção 155 do CCA confere à ACCC poderes de obtenção compulsória de informação, documentos e evidência (AUSTRÁLIA, 2026, VOL03, p. 505). No plano judicial, a Seção 83 estabelece que findings de fato em processos de enforcement anteriores constituem prima facie evidence em ações privadas subsequentes, facilitando o aproveitamento de análises econômicas já realizadas (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 325–326). Não há disposição específica sobre o papel de peritos econômicos, que se rege pelas regras gerais de direito probatório australiano.

Integrante responsável: Julio Campos

11.5 México

Os documentos tratam expressamente da relevância da evidência econômica na análise de práticas monopólicas relativas. A investigação considera, entre outros elementos, mercado relevante, poder substancial, estrutura de mercado, participações de mercado, barreiras à entrada, efeitos sobre concorrentes e consumidores, além de dados, estudos e meios de convicção que sustentem a hipótese de dano. (CFC, 2018, p. 8; COFECE, 2020a, p. 11-12; COFECE, 2020b, p. 16)

Integrante responsável: Vítor Fuks

11.6 União Europeia

A avaliação requer análise com base em pontos específicos e tangíveis, e não abstratos ou formalísticos. Os fatores relevantes incluem: posição da empresa dominante, condições de mercado como barreiras e efeitos de rede, posição dos concorrentes, extensão da conduta em termos de cobertura de mercado e duração, posição dos clientes e fornecedores, evidência de estratégia excludente e desenvolvimentos reais do mercado, como evolução de participação de mercado e saída de concorrentes.

Para abusos de preços, utilizam-se testes de preço-custo com base em diferentes métricas de custo: Custo Variável Médio, Custo Evitável Médio, Custo Total Médio e Custo Incremental Médio de Longo Prazo. Para a avaliação de efeitos, emprega-se a análise contrafactual, que compara a situação de mercado com a conduta àquela que prevaleceria na sua ausência.

O EU 2023 Policy Brief enfatiza que a abordagem deve ser “funcional”, ou seja, a exigência probatória não deve ser tão elevada a ponto de inviabilizar a aplicação efetiva do Artigo 102, nem tão baixa que capture condutas legítimas.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

11.7 Chile

A evidência econômica desempenha papel importante nos casos de abuso de posição dominante no Chile. Evidências econômicas típicas incluem: definição de mercado relevante (teste SSNIP), análise de custos (para predação e margin squeeze), análise de razões de desvio, estimativas de elasticidade, cálculos de HHI e modelagem econométrica de efeitos exclusionários. Peritos econômicos são frequentemente apresentados por ambas as partes nos processos perante o TDLC.

A composição mista do TDLC (advogados e economistas) é uma característica institucional que favorece a análise econômica rigorosa. Os juízes economistas contribuem diretamente para a avaliação de evidências quantitativas, modelos de simulação e análise econométrica. No caso Correos de Chile (2024), a Corte Suprema realizou revisão detalhada da evidência econômica sobre

escala mínima eficiente e efeitos de fidelização. No caso CDF/TNT Sports (2024), o TDLC examinou evidência econômica sobre segmentação de mercado, estrutura de custos de distribuição e impacto das cláusulas discriminatórias sobre operadoras de TV. A FNE também frequentemente solicita estudos de mercado que geram evidência econômica para embasar futuras investigações, como os estudos sobre hospedagem (2023), educação superior (2024–2025) e comércio eletrônico (2024–2025).

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

11.8 Conclusões preliminares sobre evidência econômica

Todas as jurisdições analisadas fundamentam a avaliação de condutas abusivas em análise econômica substancial, priorizando evidências empíricas sobre argumentos puramente formais. Em todos os sistemas, a definição de mercado relevante, a aferição do poder de mercado e a verificação de efeitos concorrenciais exigem exame de fatores econômicos como participação de mercado, barreiras à entrada, concentração, relações preço-custo e condições de rivalidade. A evidência econômica funciona como base empírica comum para transformar a análise jurídica em avaliação funcional do impacto das condutas sobre o mercado.

As diferenças residem no grau de formalização metodológica e nos instrumentos probatórios. A UE é a mais prescritiva, utilizando métricas de custo específicas (CVM, CEM, CTM, CAMLP) e admitindo análise contrafactual como ferramenta padrão. A Austrália opera por modelo multifatorial qualitativo (with or without test), sem prescrição de métodos obrigatórios, dispondo de poderes de obtenção compulsória (Seção 155 do CCA) e regra de facilitação probatória (Seção 83 — *prima facie* evidence de findings anteriores). Os EUA privilegiam testes baseados em custos e análise de eficiências, com ênfase na previsibilidade e administrabilidade dos critérios. O Japão incorpora evidências econômicas por meio dos fatores de análise, integrando-as diretamente à estrutura normativa de cada guia. O Chile beneficia-se da composição mista do TDLC (juristas e economistas), que favorece análise econométrica rigorosa, e a FNE utiliza sistematicamente estudos de mercado como insumo para futuras investigações. O México referencia expressamente participações de mercado, barreiras à entrada e efeitos sobre consumidores como elementos investigativos. O Reino Unido não dedica capítulo exclusivo ao tema, mas estrutura toda a avaliação sobre análise econômica funcional.

Quanto mais específica a métrica adotada pelo guia — como ocorre na União Europeia, com a enumeração de medidas de custo —, maior a previsibilidade e menor o espaço de discricionariedade. Em contrapartida, maior o risco de obsolescência técnica e de aplicação mecânica de métricas inadequadas ao caso concreto. O modelo australiano, deliberadamente aberto, evita o segundo risco ao custo do primeiro. Uma solução intermediária consiste em enunciar as métricas como referências indicativas, explicitando as condições em que cada uma é apropriada e admitindo expressamente o uso de métodos alternativos mediante justificativa — desenho que preserva previsibilidade sem engessar a análise econômica.

Integrante responsável: Amanda Athayde

12. ÔNUS DA PROVA

12.1 Reino Unido

O guia não utiliza o termo jurídico “ônus da prova” de forma isolada, mas descreve a distribuição da responsabilidade de demonstração entre a autoridade (OFT, hoje CMA) e as empresas dominantes. Essa distribuição é assimétrica e varia conforme o contexto.

Em regra, cabe ao OFT (hoje CMA) demonstrar a existência de posição dominante e o caráter abusivo da conduta, mediante análise detalhada do mercado e dos efeitos concorrenciais do comportamento investigado. A abordagem é substancial e baseada em efeitos, exigindo demonstração de impacto real ou provável sobre a concorrência e os consumidores.

O guia, contudo, prevê situações em que o ônus se desloca para a empresa investigada. A principal delas decorre da presunção de dominância associada a participações de mercado persistentemente superiores a 50%, hipótese em que cabe à empresa apresentar prova em contrário para afastar a conclusão de poder dominante.

Da mesma forma, quando a empresa invoca justificativa objetiva para uma conduta potencialmente restritiva, ela deve demonstrar que o comportamento era necessário e proporcional ao objetivo legítimo alegado. O guia menciona, por exemplo, recusas de fornecimento motivadas por baixa solvabilidade do cliente. No caso da imunidade relativa a “conduct of minor significance”, aplicável a empresas com faturamento inferior a £50 milhões, também cabe à empresa demonstrar que atuou sob pressuposto razoável de enquadramento na exceção, por exemplo.

O documento ainda enfatiza que empresas dominantes possuem responsabilidade especial de avaliar preventivamente a compatibilidade de suas práticas com o direito concorrencial, incentivando mecanismos internos de compliance e autoavaliação.

Em síntese, o OFT (hoje CMA) suporta o ônus principal de comprovar dominância e abuso, enquanto a empresa dominante assume o ônus de afastar presunções de dominância e demonstrar a legitimidade e proporcionalidade de eventuais justificativas objetivas.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

12.2 Japão

Nos guias da JFTC analisados, não há previsão expressa sobre a alocação do ônus da prova.

Em vez de estabelecer regras formais sobre quem deve provar cada elemento da infração, os guias concentram-se na definição dos critérios materiais de avaliação, especialmente os efeitos da conduta e os fatores de análise.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

12.3 Estados Unidos

*O relatório **Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act** dedica o item 3.II. ao ônus da prova (burden of proof). O documento adotou uma estrutura escalonada de distribuição do ônus probatório, baseada na jurisprudência norte-americana. Em um primeiro momento, cabe ao autor da ação demonstrar, que a conduta investigada produz ou é capaz de produzir efeitos anticoncorrenciais, isto é, prejuízos ao processo competitivo e, conseqüentemente, aos consumidores. Apenas após essa demonstração inicial o ônus se desloca para a empresa investigada, que pode apresentar justificativas pró-competitivas plausíveis e não meramente pretextuais para sua conduta.*

Uma vez apresentadas tais justificativas, retorna ao autor o ônus de demonstrar que os efeitos anticoncorrenciais da prática superam seus benefícios econômicos e concorrenciais. Dessa forma, o relatório rejeita tanto a presunção de ilicitude baseada exclusivamente na posição dominante quanto a exigência de que a autoridade demonstre, desde o início, a inexistência de eficiências. A lógica subjacente é criar filtros sucessivos que permitam eliminar casos sem mérito e concentrar a análise nas situações em que existam indícios concretos de dano à concorrência.

Ressalta-se que o relatório foi formalmente retirado ou descontinuado pelo DOJ em 2009 e deixou de constituir orientação institucional vigente para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Ainda assim, permanece relevante como fonte histórica e doutrinária para a compreensão dos debates envolvendo a repressão à monopolização e às condutas unilaterais (DOJ, 2009).

Integrante responsável: Mariana Trotta

12.4 Austrália

O regime australiano de misuse of market power não contém disposição específica sobre o ônus ou o standard de prova aplicável à Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”), operando por remissão ao direito processual geral australiano (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295–296). A infração é sancionada exclusivamente por via civil — a Seção 77 do CCA autoriza a ACCC a instaurar “civil action for recovery of pecuniary penalties” perante o Federal Court (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 303) —, sendo o standard aplicável o da preponderância da prova (balance of probabilities), conforme a formulação “if the Court is satisfied” adotada pelas Seções 76(1) e 80(1) do

CCA (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 295–296 e p. 311).

O ônus de provar os três elementos constitutivos da Seção 46 — substantial degree of market power, conduta e nexo com o SLC — recai integralmente sobre a ACCC em processos de enforcement público, e sobre o autor privado em ações de danos sob a Seção 82(1) do CCA (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 324; ACCC, 2018, p. 2–3). Não existe inversão do ônus para a Seção 46: ao contrário do que ocorre nos regimes de cartel conduct (Seções 45AO e 45AP — AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 268–270) e de secondary boycott (Seção 45DB — AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 278), não há defesa formal cuja prova recaia sobre o réu nem presunção de ilicitude associada à detenção de poder de mercado substancial. A rationale comercial da firma é fator analítico relevante para a avaliação do propósito e do efeito da conduta, mas não constitui defesa cujo ônus recaia sobre o réu (ACCC, 2018, p. 7).

A Seção 83 do CCA introduz regra especial de facilitação probatória: findings de fato em processos de enforcement público constituem prima facie evidence em ações privadas subsequentes, cabendo ao réu produzir evidência suficiente para rebater a presunção relativa assim estabelecida (AUSTRÁLIA, 2026, VOL02, p. 325–326).

Integrante responsável: Julio Campos

12.5 México

Os documentos indicam uma repartição do ônus conforme a etapa: no início da investigação, cabe ao denunciante apresentar fatos e meios de convicção suficientes para formar indícios; durante a investigação, cabe à autoridade obter elementos para verificar a existência da prática; e, quanto às eficiências, cabe ao agente econômico demonstrá-las. (CFC, 2018, p. 11; COFECE, 2020a, p. 18; COFECE, 2020b, p. 5 e 15)

Integrante responsável: Vítor Fuks

12.6 União Europeia

A Comissão suporta o ônus de provar: (1) dominância; (2) desvio da concorrência pelo mérito; e (3) capacidade de produzir efeitos excludentes. O padrão probatório exige que os efeitos sejam mais que meramente hipotéticos, devendo basear-se em evidências concretas.

Para condutas presumidas, como acordos de exclusividade, descontos de exclusividade, preços predatórios abaixo do Custo Variável Médio e compressão de margens com diferencial negativo, uma vez estabelecida a existência factual da conduta, os efeitos excludentes são presumidos. Nesse caso, o ônus transfere-se para a empresa dominante para refutar a presunção, demonstrando que, nas circunstâncias específicas, a conduta não era capaz de produzir efeitos excludentes.

Quanto às justificações objetivas e eficiências, o ônus recai integralmente sobre a empresa dominante, que deve apresentar provas concretas e verificáveis. A Comissão deve então avaliar se as justificações apresentadas são suficientes para ilidir a constatação de abuso.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

12.7 Chile

O ônus da prova no Chile recai sobre quem alega a infração — seja a FNE (quando propõe requerimento) ou o particular (quando apresenta demanda). O padrão probatório é o da preponderância de prova (balance of probabilities), típico de processos judiciais cíveis. O TDLC exige que as decisões sejam fundamentadas em “fatos e análises jurídicas e econômicas bem fundamentadas”, conforme exigência explícita do DL 211.

Não existem presunções de ilicitude ou inversões de ônus da prova para condutas unilaterais. A parte acusada pode apresentar justificações objetivas e eficiências como defesa, cuja prova também lhe incumbe.

Na prática, a FNE detém poderes investigativos robustos, incluindo a realização de buscas e apreensões, requisições de informação, tomada de declarações e solicitação de medidas cautelares. A Lei N° 20.361/2009 ampliou significativamente esses poderes. As provas típicas em casos de abuso de posição dominante incluem: documentos internos da empresa investigada, dados de vendas e preços, contratos comerciais, correspondências e comunicações, pareceres de peritos econômicos, informações de terceiros (clientes e concorrentes) e dados públicos de mercado.

O sistema de enforcement privado (private enforcement) no Chile opera sob o modelo follow-on: ações de indenização por danos anticompetitivos somente podem ser propostas após decisão definitiva do TDLC (ou da Corte Suprema, se houver recurso) que tenha constatado a infração concorrencial.

Desde 2016 o TDLC detém jurisdição exclusiva sobre ações de indenização follow-on. O caso Deportes Melipilla v. ANFP (Sentença N° 199/2024), com condenação a US\$ 950.000, e o caso Papelera Cerrillos v. CMPC/SCA (2024), com condenação pela Corte Suprema a US\$ 207.500, são os precedentes mais recentes encontrados nesta matéria. A prescrição para propositura de ações é de três anos contados da execução da conduta anticompetitiva.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

12.8 Conclusões preliminares sobre o ônus da prova

Em todas as jurisdições, o ônus principal de demonstrar a existência de posição dominante e o

caráter abusivo da conduta recai sobre a autoridade de concorrência ou o autor da denúncia/representação/ação. Não há, em nenhum dos sistemas analisados, inversão geral do ônus da prova em desfavor da empresa investigada para condutas unilaterais. Há também convergência quanto ao deslocamento parcial do ônus para a empresa dominante quando esta invoca justificativas objetivas ou eficiências, cabendo-lhe demonstrar a legitimidade de sua conduta após a demonstração inicial de efeitos anti-competitivos pela autoridade.

As diferenças concentram-se no standard de prova e nas presunções aplicáveis. Os EUA adotam estrutura escalonada explícita (*burden-shifting*): a autoridade demonstra efeitos anticompetitivos, a empresa apresenta justificativas pró-competitivas e, em seguida, retorna à autoridade o ônus de demonstrar que os prejuízos superam os benefícios. A UE prevê presunções de efeitos excludentes para determinadas condutas (exclusividade, predação abaixo do CVM, *margin squeeze* com *spread* negativo), transferindo o ônus de refutação à empresa dominante; o padrão é de plausibilidade (efeitos mais que hipotéticos, mas sem exigência de efeitos reais). A Austrália e o Chile operam sob standard civil de preponderância da prova (*balance of probabilities*), sem inversão formal do ônus. O Reino Unido prevê deslocamento do ônus em caso de presunção de dominância (acima de 50%) e quando a empresa invoca justificativa objetiva. O México distribui o ônus conforme a etapa processual: denunciante (indícios iniciais), autoridade investigadora (comprovação) e agente econômico (eficiências). O Japão não prevê regras formais sobre alocação do ônus nos guias analisados, concentrando-se nos critérios materiais de avaliação.

A distribuição do ônus da prova é a dimensão em que a explicitação produz ganho mais direto de previsibilidade, porque define exatamente o que cada parte precisa demonstrar e em que momento. O modelo norte-americano de *burden-shifting* em três etapas (XXX) é o mais transparente nesse aspecto, ainda que desenhado para o contencioso judicial.

Integrante responsável: Amanda Athayde

BLOCO IV. CAPACIDADE DE ADAPTAÇÃO

13. TRATAMENTO DE MERCADOS DIGITAIS / PLATAFORMAS

13.1 Reino Unido

*O guia UK OFT 402, publicado em 2004, **não contém disciplinas específicas para mercados digitais ou plataformas**. Ainda assim, diversos princípios previstos no documento permanecem relevantes para a análise concorrencial de ecossistemas digitais e empresas de tecnologia.*

Por exemplo, o guia admite a atuação concorrente da CMA (sucessora do OFT) e de reguladores setoriais, como o OFCOM, em mercados de comunicações e tecnologia. Assim, empresas de tecnologia e plataformas inseridas em mercados regulados podem estar sujeitas tanto à regulação setorial quanto às normas gerais de concorrência.

O documento também atribui relevância à preservação da inovação e do desenvolvimento técnico. Entre as hipóteses de abuso previstas no Article 82 está a limitação do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores. O guia ressalta que o poder de mercado pode ser utilizado para retardar a inovação ou dificultar o surgimento de novos competidores, aspecto particularmente relevante em mercados digitais baseados em efeitos de rede e controle de ecossistemas tecnológicos. Também reconhece que direitos de propriedade intelectual, embora legítimos, podem gerar preocupações concorrenciais quando utilizados para bloquear novos mercados ou alavancar o poder econômico entre mercados associados.

Além disso, o guia também reconhece expressamente a possibilidade de alavancagem entre mercados associados. Segundo o documento, uma empresa pode abusar de posição dominante em um mercado para produzir efeitos anticompetitivos em outro mercado estritamente relacionado. Esse princípio é especialmente relevante para plataformas digitais integradas verticalmente, que operam simultaneamente em diferentes segmentos, como busca, publicidade, comércio eletrônico, pagamentos ou serviços financeiros.

Por fim, o documento observa que a regulação econômica pode limitar o exercício abusivo do poder de mercado, sem afastar a caracterização da dominância.

Integrante responsável: Sâmella Gonçalves

13.2 Japão

No âmbito das plataformas digitais, a atuação da JFTC é marcada pela existência de um guia específico e especializado, intitulado Guia relativo ao abuso de posição superior de barganha em transações entre operadores de plataformas digitais e consumidores que fornecem dados pessoais (Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position in Transactions between Digital Platform Operators and Consumers that Provide Personal Information, etc).

Esse instrumento orienta a aplicação da teoria do abuso de posição superior de barganha nas relações entre plataformas digitais e consumidores, com foco particular no tratamento de dados pessoais como contraprestação econômica.

O guia parte do reconhecimento de que as plataformas digitais operam em mercados de múltiplos lados, caracterizados por efeitos indiretos de rede e pelo uso intensivo de dados, o que tende a gerar assimetria informacional e de poder de negociação entre plataformas e usuários. Nesse contexto, a JFTC entende que a relação contratual, embora formalmente voluntária, pode envolver situações em que os consumidores são, na prática, compelidos a aceitar condições desfavoráveis para acessar serviços essenciais ou amplamente difundidos.

Assim, a autoridade japonesa trata tais práticas no regime de abuso de posição superior de barganha, categoria de prática comercial desleal prevista na Antimonopoly Act. A infração ocorre quando a plataforma, valendo-se dessa posição privilegiada, impõe desvantagens injustificadas aos consumidores, em desacordo com práticas comerciais normais, com potencial de afetar não apenas os consumidores, mas também a concorrência, por exemplo, ao gerar vantagens competitivas indevidas por meio da exploração de dados.

O Guia detalha, de forma exemplificativa, dois grandes grupos de condutas anticompetitivas: (i) a aquisição indevida de dados pessoais, como coleta sem transparência, além do necessário ou sem consentimento efetivo; e (ii) o uso indevido desses dados, incluindo finalidades não informadas, compartilhamento com terceiros ou falhas na segurança. Em ambos os casos, a análise leva em conta se o consumidor teve, de fato, liberdade para consentir ou se foi constrangido pela falta de alternativas equivalentes.

Integrante responsável: Gabriela Monteiro

13.3 Estados Unidos

O relatório Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act não foi elaborado especificamente para mercados digitais, uma vez que antecede os debates contemporâneos sobre plataformas digitais. Ainda assim, o documento faz referência a casos em mercados digitais relevantes. Entre eles, destaca-se o caso Microsoft Corporation (United States v.

Microsoft Corp.), iniciado em 1998 e concluído, em sede de apelação, com a decisão da D.C. Circuit Court of Appeals de 2001 e o Final Judgment homologado em 2002, utilizado em diversos momentos do relatório para ilustrar questões relacionadas à manutenção de poder de monopólio, descontos condicionados, contratos de exclusividade e interoperabilidade. Naquele caso, o DOJ e um grupo de Estados sustentaram que a Microsoft havia mantido ilicitamente seu monopólio no mercado de sistemas operacionais ao integrar tecnicamente o navegador Internet Explorer ao Windows e ao impor restrições contratuais a fabricantes de computadores (OEMs) e provedores de acesso à internet, com o efeito de dificultar a distribuição de navegadores concorrentes, como o Netscape Navigator. A D.C. Circuit Court of Appeals confirmou a violação da Seção 2 do Sherman Act por manutenção ilícita de monopólio, embora tenha afastado a divisão estrutural da empresa determinada em primeira instância, resultando em acordo final de natureza comportamental (conduct remedies).

Integrante responsável: Mariana Trotta

13.4 Austrália

O regime australiano trata mercados digitais e plataformas por dois instrumentos normativos estruturalmente distintos: a cláusula geral da Seção 46 do Competition and Consumer Act 2010 (“CCA”), de aplicação transversal, e o regime setorial da Parte IVBA do CCA, restrito à relação entre plataformas digitais designadas e empresas de mídia jornalística.

No âmbito da Seção 46, as Guidelines da ACCC não contemplam mercados digitais ou plataformas como categorias analíticas autônomas, listando seis tipologias tradicionais com maior potencial de contravenção (ACCC, 2018, p. 8). A análise de condutas exclusionárias de plataformas opera por adaptação dessas categorias ao contexto digital, sem orientação metodológica específica. A amplitude da Seção 46(1) — que alcança mercados em que a corporação atua como adquirente, nos termos da alínea (c) — permite examinar condutas como autofavorecimento algorítmico, restrições de interoperabilidade e self-preferencing, exigindo em qualquer caso a demonstração dos três elementos cumulativos da norma pelo with or without test (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 295; ACCC, 2018, p. 7).

A Parte IVBA institui regime obrigatório de barganha e arbitragem para corrigir desequilíbrios de poder de negociação entre designated digital platform corporations e registered news businesses quanto à remuneração por conteúdo jornalístico (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 417). O regime combina: (i) designação ministerial individualizada como incentivo à negociação voluntária, condicionada à avaliação do desequilíbrio de poder e da contribuição da plataforma à sustentabilidade do setor jornalístico (Seção 52E — AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 422); (ii) minimum standards de transparência sobre dados (Seção 52R), aviso prévio de quatorze dias sobre mudanças algorítmicas com efeito significativo sobre tráfego de referência (Seção 52S) e reconhecimento de conteúdo original (Seção 52X) (AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 432–437); (iii) cláusula anti-retaliatória de

não-diferenciação (Seção 52ZC — AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 439); e (iv) *final offer arbitration* com determinações vinculantes e sanções de até 6.000 penalty units por ato ou omissão para infrações da Divisão 4 (Seções 52ZX e 52ZZE — AUSTRÁLIA, 2026, VOL01, p. 457 e p. 464; VOL02, p. 296). O regime opera por mecânica obrigacional setorial, sem recurso ao teste geral de SLC, e não constitui disciplina concorrencial transversal aplicável ao conjunto das plataformas digitais. Adicionalmente, a Seção 152AXC(7) do CCA proíbe expressamente o autofavorecimento pela NBN corporation no regime de acesso a telecomunicações (AUSTRÁLIA, 2026, VOL03, p. 301–302).

Integrante responsável: Julio Campos

13.5 México

Os documentos analisados não trazem tratamento específico para mercados digitais ou plataformas. As categorias gerais de práticas monopolísticas relativas poderiam, em tese, ser aplicadas a esses mercados, mas *Prácticas Monopólicas Relativas*, a *Guía para Tramitar el Procedimiento de Investigación por Prácticas Monopólicas Relativas o Concentraciones Ilícitas* e a *Guía para el Inicio de Investigaciones por Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas* não destacam expressamente temas como plataformas e mercados digitais.

Integrante responsável: Vítor Fuks

13.6 União Europeia

O EU Draft Guidelines enquadra os mercados digitais como um dos fatores que justificam uma aplicação “vigorosa e efetiva” do artigo 102.º TFUE, identificando a digitalização da economia e a crescente concentração de mercado como contexto em que efeitos de rede e dinâmicas em que o vencedor leva tudo se tornam cada vez mais frequentes. Na análise de dominância e barreiras à entrada, o guia explicita duas características típicas de mercados digitais: (a) “vantagens baseadas em dados” como potenciais barreiras, incluindo acesso a dados únicos, economias de escala e de escopo em dados e efeitos de rede impulsionados por dados; e (b) efeitos de rede em mercados de plataformas como fonte de barreiras, uma vez que o entrante precisa atrair massa crítica e, em plataformas de múltiplos lados, pode ter de atrair simultaneamente usuários em ambos os lados, sendo as barreiras mais elevadas quando há uso exclusivo de uma plataforma. Na avaliação de efeitos excludentes, as condições de mercado, incluindo economias de escala e de escopo e efeitos de rede, podem facilitar a consolidação e entrincheirar posições dominantes. Para mercados de preço zero, o guia admite métricas alternativas como número de usuários, transações ou intensidade de uso, reconhecendo que métricas tradicionais de vendas em valor ou volume podem não ser adequadas.

O EU 2023 Policy Brief reforça o diagnóstico do guia, salientando que em mercados digitais com fortes efeitos de rede e dinâmicas em que o vencedor leva tudo é crucial uma aplicação eficaz e

célere do artigo 102.º para intervir antes da consolidação de posições entrincheiradas. O EU 2023 Policy Brief situa os mercados digitais como uma das preocupações centrais que motivam a reavaliação da política de aplicação do artigo 102.º, sublinhando que esses mercados exigem intervenção célere, antes de o mercado atingir o ponto de consolidação. O resumo não contém, todavia, uma seção dedicada ao tratamento de mercados digitais ou plataformas, nem aborda a relação entre o artigo 102.º e o Regulamento dos Mercados Digitais, limitando-se a contextualizar os mercados digitais como parte do diagnóstico que justifica a transição de um instrumento de prioridades para diretrizes vinculativas.

Integrante responsável: Alessandro Pezzolo Giacaglia

13.7 Chile

O Chile tem adotado postura ativa em relação a mercados digitais e plataformas.

As principais ações incluem: (i) FNE v. Google (2025) — denúncia por abuso de posição dominante com pedido de multa de US\$ 89 milhões, caso pendente perante o TDLC; (ii) Booking.com (2026) — acordo extrajudicial aprovado pelo TDLC eliminando cláusulas de paridade de preços com pagamento recorde de US\$ 6 milhões; (iii) Uber Eats, PedidosYa e Rappi (2023) — acordos extrajudiciais eliminando cláusulas MFN em contratos com restaurantes; (iv) Estudo de Mercado sobre Comércio Eletrônico (2024–2025), com conclusões preliminares publicadas em abril de 2026; (v) As Diretrizes de Concentrações Horizontais (2021) da FNE, que contém capítulo específico sobre plataformas digitais, abordando características como mercados de dois lados, efeitos de rede, big data e a avaliação de variáveis não-preço (como políticas de privacidade).

A FNE tem demonstrado que aplica os mesmos princípios gerais do DL 211 a mercados digitais, sem necessidade de legislação específica.

O Chile não possui legislação específica para mercados digitais, aplicando os mesmos princípios gerais do DL 211 a plataformas e empresas de tecnologia. A FNE tem demonstrado que a cláusula geral do Art. 3º é suficientemente ampla para abranger condutas digitais, incluindo self-preferencing, cláusulas de paridade de preços (MFN/parity), tying digital e recusa de acesso a dados ou plataformas.

A crescente atividade de enforcement em mercados digitais reflete a prioridade estratégica anunciada pela FNE desde 2023. A FNE também tem enfatizado o uso de acordos extrajudiciais (settlements) como ferramenta eficaz para corrigir práticas anticompetitivas em mercados digitais de forma mais célere do que processos judiciais. Os acordos com Uber Eats, PedidosYa, Rappi (2023) e Booking.com (2026) demonstram esta estratégia. Destaca-se ainda que a FNE utiliza estudos de mercado como instrumento de advocacy e de preparação de futuras investigações: o estudo sobre a indústria de hospedagem (concluído em 2023) precedeu a investigação que resultou no acordo com

Booking.com, e o estudo sobre comércio eletrônico (2024–2025) poderá fundamentar futuras ações no setor.

Integrante responsável: Ana Carolina Estevão Albuquerque

13.8 Conclusões preliminares sobre mercados digitais e plataformas

Todas as jurisdições reconhecem que os princípios gerais de repressão a condutas unilaterais abusivas são aplicáveis a mercados digitais e plataformas, mesmo na ausência de legislação específica. Há convergência quanto ao diagnóstico de que mercados digitais apresentam características estruturais distintas — efeitos de rede, tendência à concentração, vantagens baseadas em dados, mercados de múltiplos lados e dinâmicas winner-takes-all — que justificam atenção reforçada das autoridades concorrenciais. Todas as jurisdições também reconhecem a importância de intervenção célere nesses mercados para evitar a consolidação de posições entrincheiradas.

As diferenças são expressivas quanto ao estágio de desenvolvimento normativo e institucional. A UE é a mais avançada, tratando autofavorecimento e restrições de acesso como categorias autônomas no EU Draft Guidelines e dispondo adicionalmente do Regulamento dos Mercados Digitais (DMA). O Japão possui guia específico sobre abuso de posição superior de barganha por plataformas digitais em relação a dados pessoais de consumidores, abordagem singular entre as jurisdições. A Austrália desenvolveu regime setorial obrigatório (Parte IVBA do CCA) exclusivo para relação entre plataformas e mídia jornalística, sem disciplina transversal. O Chile demonstra enforcement ativo e crescente (caso Google 2025, acordo Booking.com 2026, acordos com delivery apps 2023), sem legislação específica. Os EUA, o México e o Reino Unido (no guia de 2004) não dispõem de tratamento específico nos documentos analisados, aplicando instrumentos gerais — embora o caso Microsoft (1998) seja referenciado extensamente no relatório norte-americano como ilustração de condutas em mercados tecnológicos. O Reino Unido, por sua vez, deixou de depender do guia OFT 402 nesta matéria: com a entrada em vigor do regime de Strategic Market Status do DMCCA 2024 (a partir de 1º de janeiro de 2025), a CMA passou a dispor de poder ex ante para impor conduct requirements que vedam expressamente práticas de self-preferencing a empresas designadas. É importante notar que o Reino Unido e a União Europeia nem sempre convergem na aplicação de suas respectivas normas a condutas de plataformas digitais, adotando modelos distintos — o britânico casuístico e por empresa, o europeu uniforme e baseado em lista fechada de obrigações (DMA) — o que pode gerar resultados divergentes para uma mesma conduta.

Integrante responsável: Amanda Athayde

REFERÊNCIAS

As referências abaixo reúnem os documentos efetivamente utilizados na elaboração deste benchmark.

Documentos oficiais e guias analisados

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. Guidelines on Misuse of Market Power — Section 46 of the Competition and Consumer Act 2010. Canberra, 2018.

CHILE. Fiscalía Nacional Económica. Guía para el Análisis de Restricciones Verticales. Santiago, jun. 2014. Disponível em: <https://www.fne.gob.cl/guia-de-restricciones-verticales-2/>.

CHILE. Decreto Ley n. 211, texto refundido. Disponível em: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/09/DL_211_English.pdf.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act. Tóquio, 1991.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines Concerning Designation of Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers Relating to Trade with Suppliers. Tóquio, 2005.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act. Tóquio, 2009.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines Concerning Unjust Low Price Sales under the Antimonopoly Act. Tóquio, 2009.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Position under the Antimonopoly Act. Tóquio, 2010.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position in Transactions between Digital Platform Operators and Consumers that Provide Personal Information, etc. Tóquio, 2019.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Guidelines Concerning the Activities of Trade Associations under the Antimonopoly Act. Tóquio, 2020.

MÉXICO. Comisión Federal de Competencia. Prácticas monopólicas relativas. Cidade do México, 2018.

MÉXICO. Comisión Federal de Competencia Económica. Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas. Cidade do México, 2020.

MÉXICO. Comisión Federal de Competencia Económica. Guía para el inicio de investigaciones por prácticas

monopólicas y concentraciones ilícitas. Cidade do México, 2020.

OFFICE OF FAIR TRADING. Abuse of a dominant position (OFT402). Londres, dez. 2004. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/abuse-of-a-dominant-position>.

OFFICE OF FAIR TRADING. Assessment of market power (OFT415). Londres, dez. 2004. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/assessment-of-market-power>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Competition Policy Brief 1/2023 — abuso de posição dominante e abordagem baseada em efeitos. Bruxelas, 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Draft Guidelines on exclusionary abuses of dominance by dominant undertakings. Bruxelas, 2024 (minuta submetida a consulta pública).

UNITED STATES. Department of Justice. Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. Washington, set. 2008 (retirado em 11 maio 2009). Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act>.

Legislação e atos normativos citados

AUSTRÁLIA. Competition and Consumer Act 2010, Seção 46 e Parte IVBA.

ESTADOS UNIDOS. Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 2.

JAPÃO. Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Antimonopoly Act), Arts. 3º e 19.

MÉXICO. Ley Federal de Competencia Económica, com as alterações do decreto publicado no Diario Oficial de la Federación em 16 jul. 2025, que criou a Comisión Nacional Antimonopolio.

REINO UNIDO. Competition Act 1998, Chapter II Prohibition.

REINO UNIDO. Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (extinção do OFT e criação da CMA).

REINO UNIDO. Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024, Parte 1 (regime de Strategic Market Status), em vigor desde 1º jan. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Artigo 102.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/1925 (Digital Markets Act).

Jurisprudência citada

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the D.C. Circuit. United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (2001).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. France Télécom SA v. Commission, Processo C-202/07 P (2009).

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Intel Corp. v. Commission, Processo C-413/14 P (2017).

CHILE. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia e Corte Suprema. Precedentes citados ao longo do texto em matéria de vendas casadas, compressão de margens e discriminação.

Documentos de organismos internacionais

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Unilateral Conduct Working Group. Report on Predatory Pricing. 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Margin Squeeze — contribuição do Chile. DAF/COMP/WP2/WD(2009)34, 2009. Disponível em: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/oecd_0010_2009.pdf.

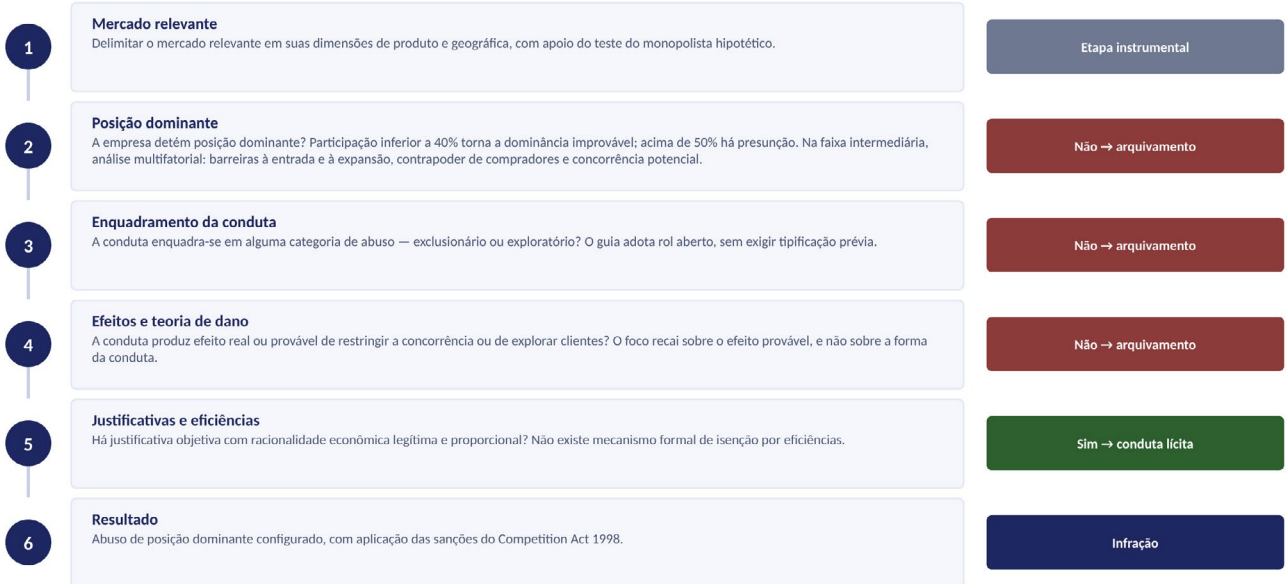
ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Las defensas de eficiencia frente a restricciones verticales en Latinoamérica y el Caribe.

ANEXO I — ÁRVORES DE DECISÃO POR JURISDIÇÃO

Reino Unido

1

OFT 402 / OFT 415 (2004), aplicados pela CMA — Competition Act 1998, Chapter II



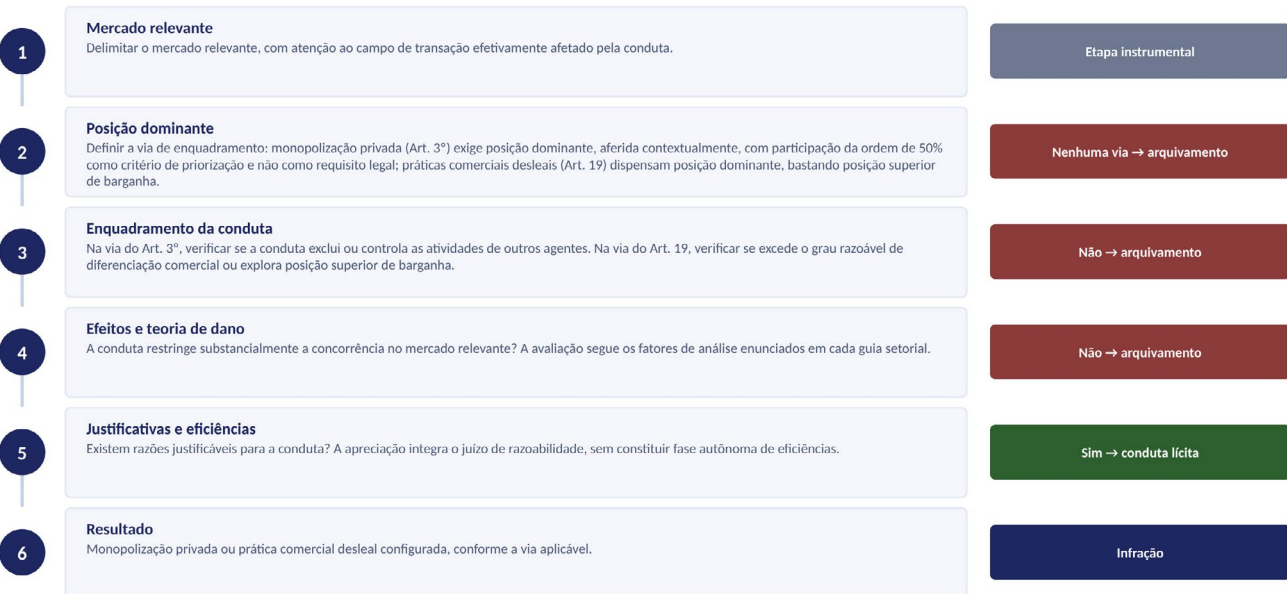
Árvore de decisão — Reino Unido.

Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de Claude IA, a partir da interpretação dos Guias.

Japão

2

Guias da JFTC (1991-2020) — Antimonopoly Act, Arts. 3º e 19



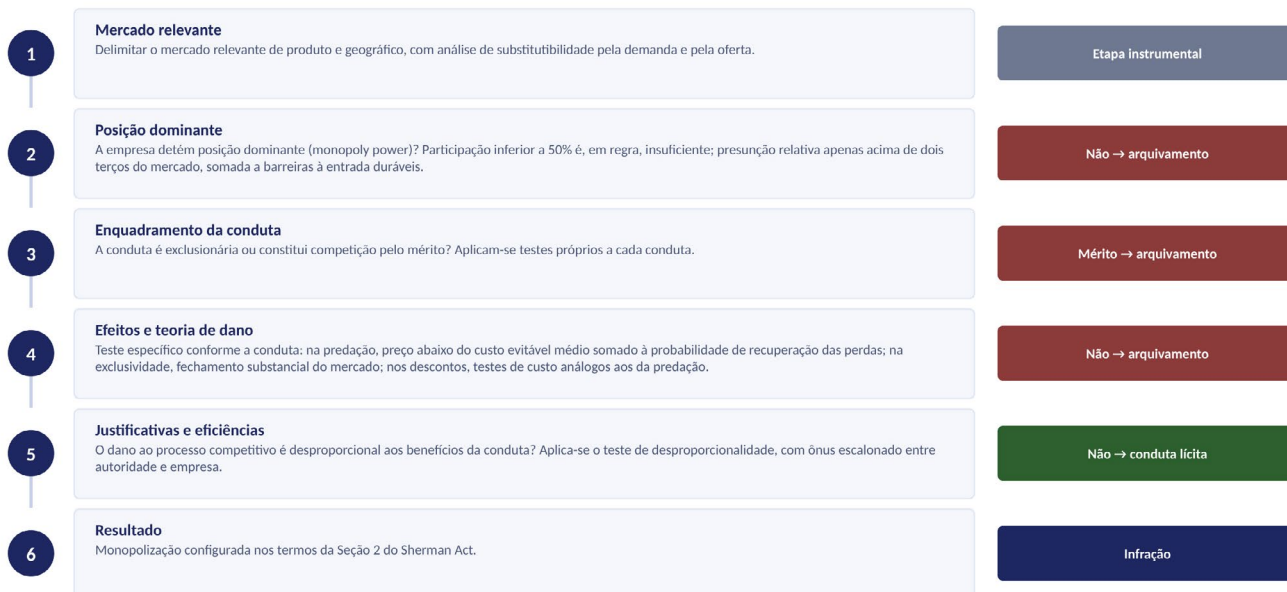
Árvore de decisão — Japão.

Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de Claude IA, a partir da interpretação dos Guias.

Estados Unidos

3

Relatório do DOJ (2008), retirado em 2009 — valor histórico e doutrinário — Sherman Act, Seção 2



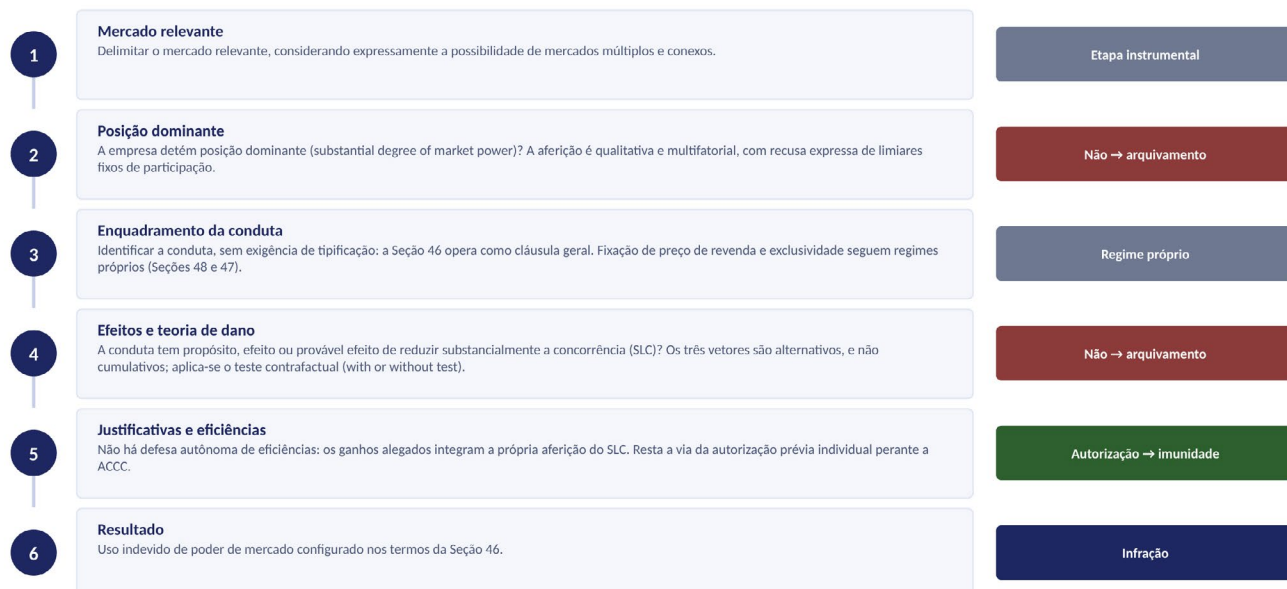
Árvore de decisão — Estados Unidos.

Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de Claude IA, a partir da interpretação dos Guias.

Austrália

4

Guidelines da ACCC (2018) — Competition and Consumer Act 2010, Seção 46



Árvore de decisão — Austrália.

Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de Claude IA, a partir da interpretação dos Guias.

México

5

Guias da CFC e da COFECE (2018-2020), hoje aplicados pela CNA — LFCE



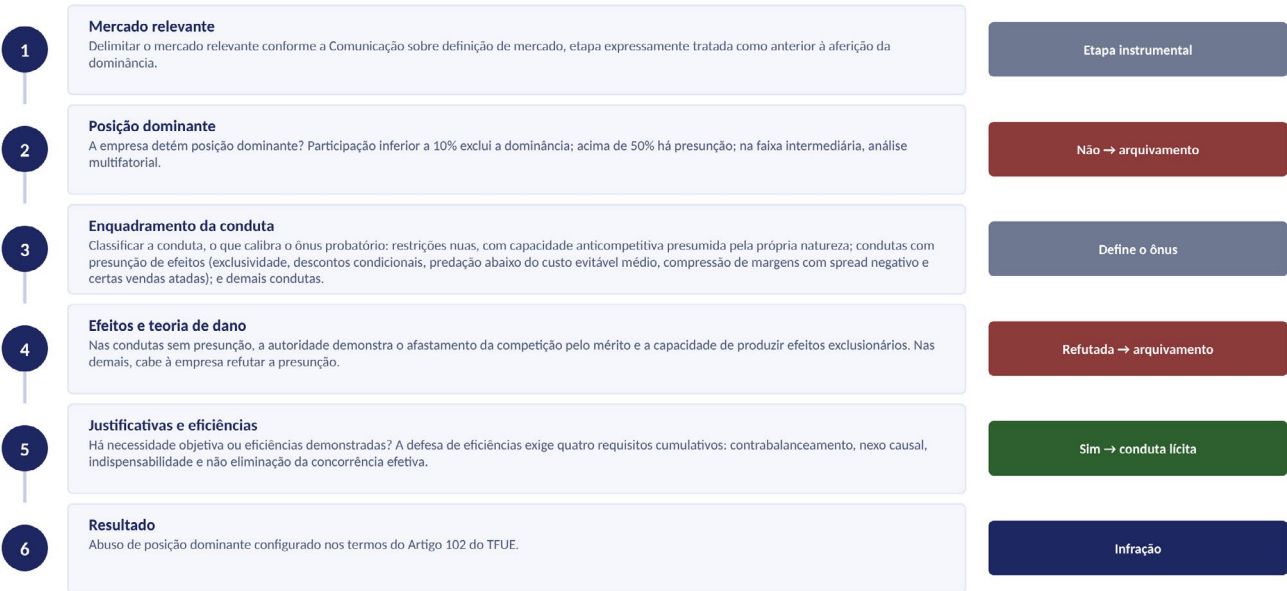
Árvore de decisão — México.

Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de Claude IA, a partir da interpretação dos Guias.

União Europeia

6

Draft Guidelines (2024) e Policy Brief 1/2023 — Artigo 102 do TFUE



Árvore de decisão — União Europeia.

Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de Claude IA, a partir da interpretação dos Guias.



Árvore de decisão — Chile.

Fonte: elaboração própria dos autores, com suporte de Claude IA, a partir da interpretação dos Guias.

