



Análise de Defesa da Concorrência sobre Patentes de Padrões Essenciais

João Luiz Pondé¹;
 Maria Tereza Leopardi Mello²
 Luiz Carlos Delorme Prado³;
 Marcos Puccioni de Oliveira Lyra⁴;
 Eduardo Pontual Ribeiro⁵;

Resumo: Patentes concedem uma proteção e direitos de propriedade exclusivo sobre uma inovações, sob o argumento de facilitar a apropriabilidade. Para o caso de inovações que sejam considerados padrões tecnológicos (Standard Essential Patents – SEPs), a patente cria uma situação de monopólio, em que compromissos de licenciamento FRAND (Fair, Reasonable And Non-Discriminatory) endereçam questões de exercício de poder de mercado e custos de transação. Em situações em que o licenciamento encontra problemas ou desavenças entre as partes, há a dúvida se, além de questões cíveis, surge uma questão sujeita ao escopo da Lei de Defesa da Concorrência (12529/2011) no Brasil. Após uma apresentação dos conceitos e contexto econômico do licenciamento de patentes essenciais, o trabalho contribui para a literatura ao propor critérios para caracterizar a possibilidade de danos concorrenciais em situações de conflito do licenciamento de SEPs.

Palavras-chave: Patentes de Padrões Essenciais; Exercício abusivo de poder de mercado; Defesa da concorrência

Código JEL: K21, L43, L15

Área Temática: 6.4 Política de defesa da concorrência

Competition Policy Analysis on Standard Essential Patents

Abstract: Patents grant protection and exclusive property rights over innovations, based on the argument that they facilitate appropriability. In the case of innovations considered technological standards (Standard Essential Patents – SEPs), patents create a monopoly situation in which FRAND (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) licensing commitments address concerns related to the exercise of market power and transaction costs. When licensing encounters obstacles or disagreements, questions arise as to whether, in addition to civil disputes, the situation may also fall within the scope of Brazil's Competition Law (Law 12.529/2011). After presenting the key concepts and the economic context of essential-patent licensing, this study contributes to the literature by proposing criteria to characterize the potential for competitive harm in conflicts involving SEP licensing.

Keywords: Standard Essential Patents, Market Power infringement, Competition Policy

¹ Instituto de Economia UFRJ E-mail: ponde@ie.ufrj.br.

² Instituto de Economia UFRJ E-mail: leopardi@ie.ufrj.br

³ Instituto de Economia UFRJ. E-mail: lcdprado@gmail.com

⁴ Departamento de Economia, UFF UFRJ. E-mail: marcoslyra@ie.uff.br

⁵ Instituto de Economia UFRJ. E-mail: eribeiro@ie.ufrj.br

1. Introdução

A Defesa da Concorrência e a Propriedade Intelectual são políticas públicas que nem sempre caminharam na mesma direção. A Propriedade Intelectual era vista, por muitos teóricos de antitruste como exceção aos princípios da defesa da concorrência. A extensão desse monopólio e os limites legais do uso das patentes foi um tema controverso nos tribunais dos EUA, em um período histórico em que eram formuladas, nesse país, as principais doutrinas e jurisprudência sobre antitruste.¹

A relação entre patentes e defesa da concorrência enseja controvérsias porque é inerente ao sistema patentário provocar alguma restrição à concorrência, na medida em que ele seja eficaz para impedir imitações da inovação protegida. Assim, **a aplicação de política antitruste para PI tem como principal desafio determinar os limites entre a prática legal de comportamentos exclusionários e o abuso desse direito de exclusão que cause um dano sobre o ambiente concorrencial com efeitos negativos para o bem-estar do consumidor.**

Nas últimas décadas, a interação entre os sistemas de PI e Antitruste ganha novos contornos com a crescente importância das tecnologias da informação e comunicação (TICs), dos mercados digitais e da padronização tecnológica. As patentes essenciais de padrões tecnológicos (*Standard Essential Patents*, SEPs) passaram a desempenhar papel estratégico, tanto para empresas inovadoras quanto para implementadores de tecnologias padronizadas. A necessidade de compatibilizar incentivos à inovação com a preservação de mercados concorrenciais colocou no centro do debate jurídico-econômico, o licenciamento FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*), em princípio entendido meio de mitigar o potencial anticompetitivo de patentes essenciais a padrões.

O objetivo deste artigo é examinar criticamente a relação entre defesa da concorrência e patentes essenciais e oferecer uma análise teórica e aplicada que contribua para o entendimento dos desafios enfrentados pelas autoridades antitruste na avaliação de contratos de licenciamento de SEPs, bem como para a construção de critérios analíticos consistentes. Em especial, busca-se estabelecer critérios para diferenciar a presença de conflitos contratuais, de natureza privada e que devem ser objeto do Direito Contratual, de situações nas quais se verifica uma conduta que gera danos concorrenciais, justificando uma intervenção das autoridades antitruste.

Para isso, o artigo faz uma revisão crítica e articula um diálogo entre as contribuições de três áreas distintas: (i) a análise dos efeitos do licenciamento das patentes essenciais do ponto de vista das teorias econômicas e jurídicas dos direitos de propriedade; (ii) a teoria dos contratos incompletos da Nova Economia Institucional; (iii) os aportes da Economia Industrial na análise de condutas anticompetitivas de natureza exclusionária. Embora o resultado do nosso esforço analítico vá além da discussão conceitual e teórica, elaborando uma proposta de critérios para identificar infrações antitruste em casos envolvendo a implementação de condições FRAND, o escopo do artigo não contempla uma discussão empírica dos problemas concorrenciais decorrentes do licenciamento de patentes essenciais, ou mesmo uma avaliação de aplicação destes critérios em casos no Brasil ou em outros países. Este seria o desdobramento natural de nossa pesquisa, que certamente será objeto de novos artigos no futuro.

O artigo está estruturado em seis seções, incluindo esta Introdução; A seção 2 discute a relevância das patentes enquanto meio de apropriabilidade e seu papel no processo de concorrência, discutindo-se como e por que as patentes essenciais podem ensejar preocupações do ponto de vista antitruste. A seção 3 analisa o licenciamento de SEPs em condições FRAND a partir da abordagem institucionalista de contratos incompletos, indicando seus possíveis efeitos sobre a concorrência. Na seção 4, os conceitos introduzidos nas seções anteriores embasam uma discussão de condutas exclusionárias e teorias do dano concorrenciais aplicáveis ao licenciamento FRAND. Na seção 5 são apresentados critérios para caracterizar eventuais danos concorrenciais em licenciamentos de SEPs, formulando-se uma proposta

¹ Ver esse histórico em apresentação da Sheila F. Antony, um ex-conselheira, junto a Federal Trade Commission sob o título Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners, Publicado no AIPLA Quarterly Journal, May 5, 1999. Ver https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/antitrust-intellectual-property-law-adversaries-partners#N_3 acesso em agosto de 2025.

preliminar de *framework* para avaliar danos concorrenciais em situações que envolvem esse tipo de licença. A seção 6 apresenta breves comentários finais.

2. Patentes Essenciais e Concorrência

A patente deve ser vista como um meio de apropriabilidade² dos resultados do esforço inovativo. Ao conceder ao inventor um direito exclusivo de exploração por período determinado, o sistema patentário permite que os investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) sejam remunerados, criando incentivos para a inovação. Esse direito exclusivo, contudo, implica necessariamente algum grau de restrição à concorrência, na medida em que impede a imitação e a difusão imediata da tecnologia protegida.

A literatura econômica destaca que os ganhos associados à inovação bem-sucedida assumem a forma de lucros temporários de tipo monopolista³. A magnitude e a duração desses ganhos dependem de diversos fatores, como a facilidade de imitação, o ritmo de progresso tecnológico, a existência de tecnologias substitutas e a eficácia dos mecanismos legais de proteção. Nesse sentido, a patente deve ser compreendida não apenas como um meio de apropriabilidade, mas como uma variável estratégica no processo concorrencial (Mello e Silva, 2023).

Estudos empíricos demonstram que a importância das patentes varia significativamente entre setores. Em indústrias como a farmacêutica, desempenham papel central na apropriabilidade, enquanto em setores caracterizados por inovação cumulativa e rápida obsolescência tecnológica, como semicondutores e software, outros mecanismos – como lead time, segredo industrial e controle de ativos complementares – tendem a ser mais relevantes.

A análise proposta por Teece (1986) oferece um quadro conceitual útil para compreender a relação entre propriedade intelectual e poder de mercado. Segundo o autor, a capacidade de a firma inovadora se apropriar dos ganhos da inovação depende do regime de apropriabilidade⁴, do estágio do *design* dominante⁵ e do controle de ativos complementares⁶.

Um regime de apropriabilidade forte, caracterizado por conhecimentos tácitos e proteção legal eficaz, favorece o inovador. Já regimes fracos tornam a inovação mais vulnerável à imitação. Quando combinados com o controle de ativos complementares, esses fatores influenciam as estratégias das firmas, incluindo decisões de integração vertical, licenciamento ou alianças estratégicas. Num regime de apropriabilidade *forte*, a firma inovadora pode se especializar sem se preocupar tanto com ativos complementares, e *vice-versa*.

Nas últimas décadas, vem surgindo um mercado crescente de empresas inovadoras com forte atividade de P&D, cujo objetivo é licenciar a inovação a terceiros e não usá-la diretamente em um processo produtivo. **Nesse caso, trata-se de um novo mercado, o de inovação; não se trata da criação de um monopólio por essa empresa, mas da negociação dos benefícios de uma inovação**

² A apropriabilidade se refere à capacidade de um agente capturar os benefícios econômicos resultantes de uma inovação (Dosi, 1988), e garantir retornos de um investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D), impedindo ou dificultando que tais ganhos sejam apropriados por concorrentes.

³ Numa perspectiva schumpeteriana, o processo de introdução das inovações sempre envolve a criação de monopólios temporários e o usufruto de lucros extraordinários destes derivados. Ou seja, o poder de mercado derivado da introdução de inovações pelas firmas é endógeno no chamado crescimento schumpeteriano.

⁴ O regime de apropriabilidade depende da natureza da tecnologia (o grau em que os conhecimentos envolvidos numa inovação são tácitos ou codificáveis) e da eficácia da proteção à propriedade intelectual (incluindo previsão normativa e enforcement); pode ser mais “forte” (conhecimentos tácitos e/ou proteção legal eficaz) ou mais “fraco” (conhecimentos codificáveis e/ou ineficácia dos instrumentos legais).

⁵ O estágio do design refere-se à fixação ou não de um padrão dominante a partir de uma inovação: é maior a possibilidade de um imitador tomar o mercado caso o padrão eventualmente preponderante não seja o seguido pelo inovador.

⁶ Ativos complementares referem-se ao conjunto de ativos e capacitações requeridos para a exploração comercial de uma inovação. Se a firma inovadora não detiver o controle desses ativos, pode perder a maior parcela dos ganhos da inovação para concorrentes que eventualmente os detenham.

desenvolvida pela empresa que pode ser cedida, de forma onerosa, para vários concorrentes. O licenciamento pode ser então analisado como uma atividade competitiva: empresas e/ou provedores de inovações competem em um mercado no qual os consumidores desse serviço de inovação podem adquirir o direito de uso das patentes que são mais adequadas às suas necessidades e têm, pelo menos em tese, escolha entre alternativas tecnológicas. Tais empresas enfrentam um *trade off* – podem desenvolver internamente seu processo inovativo através de um departamento de P&D, com os riscos e benefícios inerentes a essa atividade ou, alternativamente, podem não investir internamente em inovação e recorrer ao mercado para suprir essas necessidades através de negócios de licenciamento.

O bom funcionamento do sistema de licenciamento é fundamental para permitir tais estratégias – tanto do lado das empresas especializadas em P&D, quanto das que se baseiam na compra de tecnologia. No primeiro caso, pequenas e médias empresas que não detêm ativos complementares necessários para explorar a inovação dependem de licenciar, vender ou transferir a gestão de suas patentes, de forma a adiantar lucros futuros e mitigar custos de transação.

Os efeitos das patentes são, assim, intrinsecamente ambíguos – incentivam as inovações por ser meio de apropriabilidade⁷, mas restringem a difusão da inovação por algum tempo. O primeiro efeito decorre das expectativas de proteção; o segundo, da proteção efetivamente obtida em determinado caso. Além de ambíguos, são efeitos inseparáveis – *incentiva inovação porque restringe sua difusão* (Mello e Silva, 2023).

2.1. Patentes Essenciais a Padrões, SSOs e Licenciamento FRAND

Padrões (standards) tecnológicos são especificações técnicas ou qualidades que devem ser atendidas por produtos, processos de produção ou serviços. (Larouche & Overwalle, 2014), e podem ser caracterizados como *de facto* ou *de jure*. Os padrões informais (*de facto*) são aqueles que são reconhecidos pelo seu uso generalizado – são o resultado de uma prática sancionada pelo mercado e aceita pelos produtores e consumidores.

Padrões Tecnológicos formais (*de Jure*) são desenvolvidos, negociados e ratificados por uma *Standard Setting Organization* (SSOs)⁸ reconhecida ou por uma autoridade governamental. Esses padrões foram desenvolvidos em diversas áreas e, em alguns casos, são orientações de procedimentos e, em outros, são regulações obrigatórias. Padrões formais podem ser compulsórios ou voluntários.

O papel das SSOs de coordenar a padronização tecnológica, especialmente em indústria com efeitos de rede, tem grande relevância para as condições de inovação e para o ambiente concorrencial em que essas indústrias operam; essa padronização gera ganhos relevantes para os usuários, pois estes se eximem do risco e custos de investir numa tecnologia que pode acabar não sendo aceita como padrão, bem como garante que todos os produtos finais serão compatíveis com o padrão fixado⁹.

Padrões tecnológicos existem em diversas áreas, mas é na indústria de Tecnologia de Informação, Comunicações e Produtos Eletrônicos de consumo (como aparelhos celulares, Smart TVs, Tablets etc.) que geram grandes efeitos de rede, permitindo a comunicação dos aparelhos e interoperabilidade.

⁷ Os efeitos socialmente relevantes das patentes não se resumem a constituir um meio eficaz de apropriabilidade, mas também outros fatores como a publicação do invento, que pode estimular inovações cumulativas e sequenciais, bem como a difusão da tecnologia via licenciamento. No caso de patentes essenciais, um efeito benéfico é facilitar a difusão de um padrão tecnológico. A apropriabilidade, no entanto, é o cerne da questão (no sentido de que a decisão de investimento privado em inovação é tomada em função das condições de apropriabilidade).

⁸ Associações empresariais (normalmente de empresas industriais e empresas de tecnologia) de autorregulação de padrões tecnológicos, que permitem que empresas industriais e inovadores se coordenem para o uso de uma solução técnica considerada desejável para o grupo e consistente com o avanço tecnológico. Essas organizações criam padrões técnicos usados pelas indústrias, reúnem especialistas das empresas para definir especificações comuns, publicam normas – voluntárias ou compulsórias – e, em mercados globais, facilitam a compatibilidade internacional. Em conjunto, as indústrias que colaboram em uma SSO beneficiam-se de efeitos de rede, da difusão de informações técnicas e da redução de custos de transação.

⁹ Esses efeitos positivos de coordenação técnicas são discutidos em Fiedler, Maria Larrain & Jens Prüfer, 2023. Ver, também, para uma revisão da literatura sobre efeitos de rede e efeitos positivos de bem-estar econômico na padronização de indústrias de rede, Gandal and Regibeau (2014).

Embora a padronização gere benefícios - para a indústria, para o ambiente de inovação e para consumidores -, também enseja algumas preocupações concorrenciais, em particular quando a tecnologia definida como padrão é patenteada¹⁰:

- (i) práticas enganosas (*deceptive practices*, como a “*patent ambush*”): quando, durante o desenvolvimento e definição de um padrão, um membro de uma SSO retém informações sobre uma patente que ele (ou sua empresa) possui ou pretende requerer. Sendo a patente relevante para o padrão, a empresa pode alegar que sua patente é violada pelo uso do padrão conforme adotado – práticas muitas vezes associadas ao *Sham Litigation*;
- (ii) disputas associadas ao licenciamento (patente *hold up*): quando o titular da patente se beneficia do fato de que uma empresa já implementou uma tecnologia padronizada (que depende da patente) para exigir *royalties* excessivos ou condições injustas;
- (iii) *hold out*: é a prática oposta à anterior, pela qual um implementador se recusa a negociar de boa fé o uso de uma licença com o detentor da patente, forçando este a aceitar os termos do implementador ou incorrer custos de litigância significativos (Epstein e Noroozi, 2017, p. 1384). Nesses casos, o usuário da tecnologia acaba tendo uma vantagem de redução de custos em relação a concorrentes licenciados;
- (iv) a acumulação de patentes (*patent thicket*): refere-se à situação em que existem diversos direitos de propriedade intelectual sobrepostos que uma empresa precisa atravessar para comercializar uma nova tecnologia.¹¹

O estabelecimento de padrões proprietários pode levar à criação de um monopólio.¹² É sempre possível vislumbrar padrões tecnológicos alternativos para qualquer tecnologia, mas quando um padrão é determinado, as alternativas tecnológicas são descartadas em prol de uma única – que, em tese, beneficiaria a todos pela redução dos custos de transação e pelos efeitos de rede.

O problema do incentivo a preços elevados de licenciamento de patentes essenciais, ou mesmo a exclusão de concorrentes potenciais do acesso a patentes que lhes permitiriam atender aos padrões tecnológicos exigidos para continuar operando, está na base da adoção do compromisso FRAND – *Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory*: a obrigação de licenciar as patentes essenciais em termos justos, razoáveis e não discriminatórios. Tais obrigações foram formuladas intencionalmente de maneira vaga para evitar, principalmente nos EUA, acusações de fixação de preços¹³, e garantir a disseminação da tecnologia

A adoção do compromisso FRAND é uma forma de reequilibrar os poderes de negociação, compatibilizando padrões proprietários com regras de concorrência para mitigar possíveis abusos de poder de mercado. Mas como os compromissos são desenhados de forma vaga, abre-se espaço para toda forma de disputa sobre os conceitos de “justo” “razoável” e “não discriminatório”. Este último é o menos controverso dos três; mas os conceitos de preço *justo* e condições *razoáveis* são conceitos jurídicos indeterminados (Ferraz, 1995), passíveis de enormes controvérsias no âmbito das autoridades de defesa da concorrência. Algumas dessas dificuldades serão enfrentadas nas seções seguintes, em particular as dificuldades de as autoridades antitruste tratarem os efeitos exploratórios (ou seja, tratar diretamente da definição de preços).

3. Contratos Incompletos e Licenciamento FRAND

A noção de contratos incompletos tem sido utilizada na discussão recente sobre patentes essenciais (Carlton e Shampine, 2013; Shapiro e Lemley, 2022), permitindo a utilização das ferramentas

¹⁰ Padrões podem ser *abertos* (não controlados por nenhum dos participantes, podendo ser adotados livremente qualquer firma que atue no mercado; ou padrões *proprietários*, que dependem do uso de tecnologias ou processos patenteados, usados apenas sob licenciamento.

¹¹ Essa situação pode também dar origem aos *patent pools*, em decorrência de inovações sequenciais ou cumulativas – situação que aumenta os custos de transação; a venda em *pool* de várias patentes essenciais pode ser, em princípio, uma boa solução, pois o implementador não precisa negociar individualmente cada patente.

¹² Seguimos nesse parágrafo a interpretação de Larouche & Overwalle, 2014.

¹³ Ver sobre essa questão o interessante artigo de Curran, 2003.

analíticas da Nova Economia Institucional – NEI (Williamson, 1975, 1985; Furubotn e Richter, 1997) para avaliar que tipos de mecanismos de governança e arranjos institucionais podem ser necessários para atenuar conflitos entre licenciadores e licenciados, garantindo uma adequada aplicação de condições FRAND.

A incompletude dos contratos decorre diretamente do fato de os agentes econômicos decidirem e agirem em condições de “racionalidade limitada”, caracterizadas pela presença de (i) limites cognitivos (capacidade limitada de coletar, processar e interpretar informações; (ii) complexidade do problema decisório, que pode envolver relações causais e regularidades de difícil discernimento; e (iii) incerteza em relação a eventos exógenos (Williamson, 1985). Problemas informacionais fazem com que os contratos pactuados frequentemente apresentem lacunas, na medida em que os agentes envolvidos não são capazes de antecipar todos os eventos e situações que afetam os resultados da aplicação dos compromissos pactuados, especificar ações corretivas para cada contingência, ou ainda definir de forma totalmente não ambígua os gatilhos que definem a implementação de ajustes contratuais. Adicionalmente, a presença potencial de condutas oportunistas impede que a incompletude seja remediada por compromissos genéricos de adaptar - frente a eventos imprevistos - os termos contratuais de forma a manter a distribuição inicial de perdas e ganhos entre os contratantes. Ou seja, contratos incompletos geram custos de transação, seja na forma de dispêndio de recursos em atividades de negociação e monitoramento durante a vigência do contrato, seja na forma da dissipação de parte do valor criado pelas transações entre as partes.

No caso do licenciamento de patentes essenciais, verifica-se justamente esta combinação de incompletude contratual e relações econômicas com elevados custos de saída (*lock in*); o compromisso FRAND surge como forma de mitigar os conflitos e ineficiências decorrentes¹⁴. Desse modo, o licenciamento em condições FRAND reflete a necessidade de mecanismos de governança capazes de gerar economias de custos de transação, dado que:

- (i) Embora a escolha da solução tecnológica a ser utilizada como padrão em uma indústria envolva, *ex ante* uma possível competição entre alternativas, a presença de externalidades de rede faz com que a adoção de um padrão seja dificilmente reversível. A padronização faz com que os competidores sejam compelidos a adquirir licença de patentes, que podem ser de propriedade de concorrentes. Esta é uma situação clássica *lock in*, dado o elevado valor econômico da continuidade da relação contratual entre licenciadores e licenciados.
- (ii) Quando uma SSO define a tecnologia patenteada como padrão, mediante o compromisso de licenciamento FRAND, cria-se uma situação de incompletude contratual na qual, por um lado, o amplo uso da inovação promete proporcionar ao licenciador a oportunidade de obter receitas que compensem os custos da inovação, e, de outro, a disponibilização do padrão para todos garante aos licenciados que o acesso à tecnologia essencial não será um fator limitador de sua competitividade. Contudo, se as condições específicas de cada contrato de licenciamento não são fixadas *ex ante*, as negociações dos *royalties* e outras condições em cada contrato podem gerar conflitos contratuais, nos quais estratégias de *hold-up* e *hold-out* produzem custos de transação significativos¹⁵.
- (iii) Como a aplicação bem coordenada de condições FRAND não está garantida pelo compromisso inicial, surge a necessidade de desenvolver mecanismos de governança para mitigação de conflitos contratuais, reduzindo custos de transação no processo de definição do conteúdo específico de cada contrato de licenciamento. Estes arranjos institucionais podem, em princípio, recorrer a diferentes formas de ordenamento privado (e.g. contratos de longo prazo com cláusulas de resolução de conflitos, arbitragem) e público (recurso à intervenção do judiciário, medidas regulatórias).

¹⁴ Vale então enfatizar que a necessidade do compromisso FRAND não é um desdobramento meramente da incompletude contratual. É a presença simultânea de *lock in* que torna necessário o compromisso FRAND como uma forma de mitigar conflitos e ineficiências contratuais.

¹⁵ É difícil definir a remuneração da tecnologia *ex ante*, pois o benefício gerado pela tecnologia patenteada ainda não é inteiramente conhecido, e só o será após a entrada do produto/serviço (com a tecnologia essencial) no mercado.

Discutir de forma ampla quais os arranjos institucionais proporcionam uma melhor governança para contratos de licenciamento em condições FRAND ultrapassa o escopo deste trabalho, exigindo uma complexa avaliação comparativa das vantagens e desvantagens de mecanismos privados e públicos, não sendo possível afirmar a priori qual seria a melhor solução. Nosso foco é bem mais circunscrito, limitando-se a investigar em que medida as políticas de defesa da concorrência podem ter algum papel na mitigação dos custos de transação incorridos no licenciamento FRAND de patentes essenciais.

O recurso à intervenção antitruste certamente não é suficiente, mas pode minimizar alguns dos problemas decorrentes dos abusos de poder econômico derivados do arranjo institucional que permite a padronização produtiva através de patentes essenciais. Isso só é possível, no entanto, em situações nas quais os conflitos privados entre licenciadores e licenciados têm efeitos sobre a concorrência em um ou mais mercados, afetando de forma significativa a rivalidade entre competidores existentes e potenciais.

Uma **primeira forma** pela qual isso pode ocorrer está na presença de condutas *exclusionárias*, caso da criação de dificuldades no licenciamento de uma patente essencial seja a manifestação de estratégias que restringem a concorrência ao excluir firmas rivais do mercado (ou deter entradas de novos competidores), através de práticas como vendas casadas ou elevação de custos de rivais. Uma **segunda forma** consiste na litigância predatória (*sham litigation*), na qual a judicialização de conflitos contratuais pode ser instrumentalizada para gerar custos que reduzam em grau não trivial a capacidade de competição de algum rival. Uma **terceira possibilidade** estaria na caracterização de condutas *exploratórias*, nas quais o abuso de poder de mercado se caracteriza pela fixação de um preço considerado “excessivo” ou “abusivo” – no caso das patentes, a abusividade estaria na fixação dos *royalties*.

As diferentes implicações para a aplicação das normas antitruste a condutas exploratórias, exclusionárias ou de *sham litigation* serão abordadas mais adiante.

3.1. Efeitos do Licenciamento FRAND sobre a concorrência

O compromisso de licenciar em condições FRAND, como visto, não resolve os problemas decorrentes da incompletude dos contratos.

No caso das SEPs, a concorrência entre inovadores se dá antes da fixação do padrão tecnológico pois, no momento posterior, quando da disseminação do padrão, a patente definida como essencial se torna a única alternativa tecnológica viável para os licenciadores. O compromisso FRAND atua como uma solução institucional para garantir que a competição existente antes da fixação do padrão tenha efeitos que se estendem para a etapa da disseminação. Ou seja, o sucesso competitivo que leva uma patente a ser designada como essencial vem necessariamente acompanhado de limites ao exercício do poder de mercado associado à essencialidade, garantido o amplo uso da tecnologia em condições aceitáveis para os licenciados.

Além de limitar o exercício de poder de mercado por parte dos detentores de patentes SEP, evitando estratégias de *hold-up*, os compromissos FRAND tem reconhecidos efeitos pró-competitivos nos mercados dos produtos que incorporam as tecnologias patenteadas¹⁶, na medida em que:

- (i) ao estabelecer um padrão tecnológico acessível a todos os participantes deste mercado, reduz barreiras à entrada e promove uma maior rivalidade entre os ofertantes destes produtos;
- (ii) garante a interoperabilidade entre os produtos, beneficiando diretamente os consumidores e evitando que dominantes possam negar a interoperabilidade para competidores de menor porte;
- (iii) por assegurar que o licenciamento se fará em termos não discriminatórios, evita que o acesso ao padrão tecnológico seja objeto de práticas exclusionárias, que dificultem o acesso de competidores à tecnologia essencial;

¹⁶ Ver, por exemplo, Layne-Farrar (2017), Larouche e Overwalle (2014) e Chappatte (2009).

- (iv) facilita a entrada de empresas de pequeno e médio porte, que teriam mais dificuldade em negociar o licenciamento das patentes essenciais;
- (v) proporciona um balanceamento na definição da necessária remuneração dos esforços inovativos, viabilizando que o lucro do inovador seja auferido sem punir os usuários da tecnologia com royalties excessivamente elevados.

4. Patentes Essenciais, Licenciamento FRAND e Defesa da Concorrência

Para discutir os problemas concorrenciais associados às patentes essenciais (SEPs), é necessário entender os incentivos de detentores da patente e de seus implementadores. A fonte do elevado poder de mercado após a obtenção da SEP está no processo conhecido como *hold-up* de patentes. Entretanto, o contrário também é possível: o exercício de poder de mercado por parte do implementador quando há *hold-out* de patentes, o que demanda um olhar cuidadoso sobre ambos os cenários.

Contudo um assunto que precede este debate é a própria aplicabilidade da política de defesa da concorrência - não há consenso que o antitruste seja a solução ideal. Os argumentos contrários à intervenção antitruste no caso do *hold-up* de patentes podem ser divididos em dois grupos: falta de sustentação empírica¹⁷ e a inadequação do âmbito antitruste para solucionar eventuais conflitos¹⁸ (Greene, 2019, p. 1092). Ademais, uma judicialização excessiva seria responsável por gerar *hold-outs*, transferindo o foro de negociação para o judiciário. Acrescente-se que, como qualquer conduta vertical, para que conduta do detentor de SEP seja anticompetitiva, este agente dever ter o incentivo e a capacidade para usar sua patente de forma anticompetitiva¹⁹.

Melamed e Shapiro (2018, p. 2117-2122), por outro lado, argumentam que o risco *ex post* de atitudes oportunistas apresenta preocupações importantes e listam contra-argumentos: (i) estudos que mostram que não haveria cobrança de *royalties* excessivos não utilizam os controles adequados; (ii) esforços para evitar comportamentos oportunistas não resultariam em subcompensação dos licenciadores visto que compromissos FRAND garantem retorno compatível; (iii) existência de um *lock-in* dos licenciadores seria incorreto pois toda a apropriabilidade de investimento em P&D depende do valor de mercado da tecnologia e há um risco naturalmente associado à inovação; (iv) o *hold out* de patentes não seria um risco maior, visto que não há sustentação factual e que infringir condições legais para o licenciamento seria passível de condenação judicial²⁰; (v) não haveria evidências de um “*holdout* coletivo”²¹.

O *hold-out* de patentes também pode ter efeitos deletérios ao processo concorrencial, especialmente se considerados os incentivos para inovar. Ao reduzir os ganhos do inovador *ex post*, pode desincentivar novos esforços de inovação. Delrahim (2017, p. 3) entende que um *hold-out* coletivo seria mais preocupante que *hold-up* no quesito inovação: o inovador não conseguiria se apropriar de um esforço inovativo já realizado ao se deparar com um *hold-out*, acabando por não remunerar seus esforços, enquanto o implementador teria um potencial prejuízo menor em uma situação de *hold-up*, em virtude de parte de seus investimentos serem realizados após a determinação do valor de seus royalties. De forma similar, Epstein e Norrozi (2017) destacam que compromissos FRAND são importantes sob o ponto de

¹⁷ V. Barnett (2017, p. 1344-1460). V. Galetovic, Haber e Levine (2015), estudo empírico que testa a hipótese de que royalties excessivos impostos pelos detentores de SEPs resultariam em preços maiores para usuários finais e intermediários; seus resultados mostram o contrário, que preços caíram para indústrias pesquisadas (como smartphones, computação e outros setores eletrônicos) entre 1997 e 2013.

¹⁸ Delrahim, argumenta que compromissos sob condições FRAND são de responsabilidade do direito contratual, logo, são objeto de conflito privado e não da política antitruste (Delrahim, 2018).

¹⁹ Há que se considerar, então, a efetiva lucratividade de uma estratégia de *hold up*, diante da possibilidade um menor uso da tecnologia afete o fluxo de recebimento de royalties ao longo do tempo.

²⁰ Devendo-se observar que a eficácia das decisões judiciais em coibir o *hold-out* não é a mesma em todas as jurisdições, o que sugere cautela em generalizar este argumento.

²¹ Termo utilizado por Makan Delrahim, Procurador-Geral Adjunto responsável pela divisão antitruste do DoJ, se referindo a uma atuação coordenada entre licenciados e SSOs para impor condições de licenciamento desvantajosas para licenciadores. Melamed e Shapiro (2018, p.2121) também admitem que compromissos FRAND podem ser anticompetitivos, se utilizados para impor condições desvantajosas para licenciadores por meio do poder de barganha coletivo.

vista também do inovador ao evitar a prática do *hold-out* e ao lhe garantir remuneração adequada.

Assim, tanto *hold-ups* quanto *hold-outs* podem ter efeitos negativos sobre o bem-estar.

4.1. Exploratório vs. Exclusionário e o antitruste brasileiro

Para a análise de condutas anticompetitivas ligadas a SEPs é importante dividir eventual comportamento oportunista *ex post* em dois tipos: exploratório e exclusionário. O primeiro (*exploitative*) decorre de forma **direta** do poder de mercado – a firma se vale de seu poder de mercado para obter condições mais vantajosas pelo aumento de preços, caso de preços “excessivos” ou discriminação de preços, por exemplo. Já o abuso exclusionário (*exclusionary*) ocorre quando uma firma dominante causa dano a um concorrente (podendo retirá-lo do mercado, no limite), afetando a concorrência de forma **indireta**, por meio do aumento de poder de mercado que culmina em aumentos de preços, redução da qualidade, variedade e/ou inovação em um segundo momento. Entretanto, nem todas as jurisdições consideram o abuso exploratório como parte da agenda (Ankman, 2009, p.165-168).

No caso do licenciamento de patentes, o abuso exploratório está ligado: (i) à habilidade de o licenciador praticar tarifas elevadas para licenciamento, potencialmente aumentando o preço final de produtos que utilizem tal tecnologia e reduzindo inovações, ou (ii) à habilidade de o implementador impor tarifas excessivamente baixas. Já comportamento exclusionário relaciona-se à habilidade de o licenciador excluir outras empresas do mercado. Neste caso, há preocupação antitruste quando o licenciador possui alguma relação horizontal com um licenciado, seja no caso em que o licenciador também utiliza a tecnologia para um produto ou serviço próprio que concorre com o licenciado ou quando há alguma forma de parceria do licenciador com algum licenciado, de modo a que exista incentivo em excluir rivais.

O antitruste europeu oferece escrutínio pelas duas abordagens. Preços excessivos já foram condenados, visto que na jurisprudência europeia é utilizado o conceito de preços injustos (*unfair*): em 1975 e 1986, a Comissão Europeia considerou preços praticados por General Motors e British Leyland, respectivamente, como excessivos²². Já nos Estados Unidos, em parte devido à influência da Escola de Chicago, é dada pouca ênfase a práticas exploratórias, não as considerando como ilícitos antitruste (Castro, 2017, p. 16).

Também a jurisprudência brasileira é voltada majoritariamente para o lado exclusionário do abuso de poder de mercado. Não há condenação de preços exploratórios na jurisprudência do CADE apesar de processos administrativos terem sido abertos com intuito de investigar preços, em especial na vigência da lei 8.884/1994. Castro (2017) identifica duas posições sobre o tema na autarquia brasileira: (i) que entende que o preço exploratório não pode ser condenado e o (ii) que entende que não deve ser descartada, em definitivo, a possibilidade de condenação. O primeiro grupo se vale de argumentos como a autocorreção dos mercados; o incentivo a inovar e ao investimento advindo da obtenção de lucros de monopólio; a impossibilidade de se tipificar preços excessivos como infração, sendo estes indícios de outra conduta anticompetitiva ou falha de mercado que deva ser corrigida via regulação; a dificuldade de mensurar e identificar tanto o preço excessivo como o referencial competitivo. O segundo grupo busca manter a possibilidade de condenar práticas como preços excessivos e aumentos arbitrários de lucros (Castro, 2017, p. 24-25).

De todo modo, a jurisprudência indica que o CADE tem evitado atuar como um “regulador de preços”, assumindo que a política de defesa da concorrência não deve definir diretamente os preços a serem praticados, mas sim garantir condições de concorrência que levem os mercados a produzir resultados favoráveis ao consumidor. Logo, disputas relativas à cobrança de *royalties* de licenciamento de patentes SEPs possivelmente não encontrarão no antitruste o foro adequado, em território brasileiro, quando não houver relação horizontal entre licenciadores e implementadores que caracterize uma

²² Entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso 27/76 United Brands Company e United Brands Continental BV em 1978 (Ankman, 2009, p. 170). O critério utilizado pelo antitruste europeu para considerar o preço de determinado bem ou serviço como excessivo se vale de parâmetros (i) não possuir relação razoável com o valor econômico do produto ou (ii) ser desproporcional ao custo de produção (Ankman, 2009, p. 170).

conduta exclusionária.

Nos casos em que há relação horizontal entre as partes, pode haver um incentivo à exclusão em virtude da concorrência direta em um (ou mais) mercado relevante; quando tal relação não existe, preços considerados excessivos constituem mera disputa privada entre as partes, inexistindo infração antitruste.

4.2. Condutas exclusionárias e teorias do dano

A política de defesa da concorrência caracteriza-se por uma abordagem flexível, orientada pela análise caso a caso das condutas investigadas. Essa flexibilidade decorre da adoção de uma *abordagem baseada em efeitos* (Podszun, 2023)²³, segundo a qual a legalidade ou ilegalidade de uma prática depende da avaliação de seus impactos econômicos concretos sobre a rivalidade existente e potencial nos mercados afetados. Assim, não basta a identificação formal de uma conduta; é necessário demonstrar seus efeitos sobre preços, quantidades, estrutura de mercado ou ritmo de inovação.

Assim, a aplicação das normas antitruste a condutas potencialmente exclusionárias requer que cada conduta seja avaliada no seu contexto, à luz de seus efeitos concretos, exigindo, dentre outros elementos, a identificação de uma *teoria do dano* que explique **como** tal conduta efetivamente produz efeitos anticoncorrenciais (Ribeiro et al, 2024), o que inclui: (i) modelos teóricos (formalizados ou não) que especifiquem mecanismos plausíveis pelos quais uma determinada conduta gera efeitos anticompetitivos em determinadas situações; (ii) critérios e testes que permitam à autoridade identificar a presença de efeitos anticompetitivos líquidos, justificando a eventual conclusão sobre a ilegalidade da conduta.

No contexto das condutas exclusionárias, as teorias do dano evoluíram significativamente ao longo do tempo. As abordagens mais antigas, predominantes até o início da década de 1970, baseavam-se em pressupostos relativamente intuitivos sobre fechamento de mercado e alavancagem de poder de mercado. O fechamento de mercado ocorreria quando contratos ou práticas limitassem o acesso de rivais a insumos ou canais de distribuição essenciais, sendo a magnitude desse fechamento utilizada como indicador de dano concorrencial. Já a alavancagem de poder de mercado descrevia situações em que uma empresa utilizaria sua posição dominante em um mercado para estender esse poder a mercados correlatos, justificando a repressão a práticas como venda casada e *bundling*.

A partir dos anos 1970, essas hipóteses passaram a ser fortemente questionadas pelos autores associados à Escola de Chicago²⁴, que promoveram uma inflexão relevante na prática antitruste. Essa escola defendeu o uso sistemático da teoria microeconômica para avaliar a plausibilidade dos efeitos anticompetitivos, exigindo modelos que demonstrassem que uma conduta é simultaneamente lucrativa para a empresa e prejudicial aos consumidores. Além disso, enfatizou-se a necessidade de minimizar erros do tipo I (falsos positivos), isto é, a condenação de práticas que provocam efeitos pró-competitivos, em termos líquidos.

No caso das cláusulas de exclusividade, a Escola de Chicago argumentou que o fechamento de mercado anticompetitivo seria improvável, pois o custo de compensar compradores para aceitarem a exclusividade tenderia a superar os lucros de monopólio preservados com a detenção da entrada. Argumento semelhante foi desenvolvido para a venda casada, com base na hipótese do lucro de monopólio único, segundo a qual a alavancagem não permitiria a extração de lucros adicionais. Dessa forma, práticas exclusionárias seriam, em geral, explicadas por razões de eficiência, como redução de custos de transação, mitigação do “problema do carona” (free rider) e proteção de investimentos em

²³ É passível de discussão se a *rule of reason* (princípio da razoabilidade), conceito jurídico de origem estado-unidense, e a análise baseada em efeitos (*effects based*) do direito europeu são exatamente sinônimos, pois dependem da extensão de pressuposições de efeitos e codificação de ilícitos; ambas, entretanto, se baseiam na avaliação de efeitos gerados, numa argumentação de custo e benefício. Ver por exemplo, Bailey (2018), Lindeboon, (2022), Katsoulacos (2022). Neste artigo, como na prática de defesa da concorrência brasileiro, são consideradas similares.

²⁴ A formulação original da Escola de Chicago está desenvolvida em Posner (1976) e Bork (1978). Para uma discussão recente, ver Bradford, Chilton e Lancieri (2020).

ativos específicos etc.

As limitações dessas conclusões deram origem às abordagens Pós-Chicago, que incorporam modelos mais realistas e complexos. Um dos principais avanços foi a teoria da Elevação de Custos de Rivais (ECR)²⁵, segundo a qual direitos exclusionários²⁶ podem ser utilizados de forma estratégica para aumentar os custos dos concorrentes, reduzindo a intensidade da concorrência e permitindo o exercício de poder de mercado.

Na análise dos efeitos líquidos destes direitos, a abordagem da ECR usa a teoria econômica para identificar aquelas situações nas quais uma empresa dominante implementa condutas exclusionárias – envolvendo uma variedade de dimensões não-preço – **que são ao mesmo tempo lucrativas e prejudiciais aos consumidores**, justificando sua repressão pelas políticas de defesa da concorrência²⁷. Para que haja dano concorrencial, duas condições devem ser satisfeitas: (i) a conduta deve efetivamente gerar desvantagens competitivas aos rivais (aumento de custos), e (ii) esse aumento deve possibilitar o exercício de poder de mercado (aumentos de preços), por gerar uma restrição significativa da concorrência em algum mercado.

A literatura identifica diversos mecanismos pelos quais a ECR pode ocorrer, como gargalos (*bottlenecks*), fechamento efetivo do mercado de insumos, coordenação de preços discriminatórios por fornecedores e criação de estruturas de mercado propensas à colusão. Mesmo assim, a análise deve considerar se existem rivais ou entrantes não afetados, capazes de disciplinar o mercado, bem como a magnitude do aumento de custos. (Krattenmaker e Salop, 1986)

Além da elevação de custos de rivais, a materialização de danos concorrências depende ainda da presença de fatores adicionais (da 2ª Condição): é necessário que a magnitude deste aumento o torne relevante para a rivalidade, o que resulta do efetivo incremento do preço do insumo e de qual o peso deste insumo nos custos totais dos rivais. Adicionalmente, deve ser levada em conta a possibilidade de que a competição seja preservada pela presença de rivais que também adquirem direitos exclusionários, garantindo para si o fornecimento de insumos em termos favoráveis, ou ainda pela presença de rivais e entrantes que, por alguma razão, não sofrem aumentos de custos. Nesse caso, ainda que a elevação de custos afete algum **concorrente**, não se verifica um efeito sobre a **concorrência**.

Outra abordagem importante das teorias do dano se refere às *externalidades contratuais*, exploradas a partir da década de 1990, como discutido em Whinston (2001) e Bernheim e Heeb (2015). Esses modelos mostram que acordos exclusionários podem gerar efeitos adversos indiretos, ao afetar a viabilidade econômica de rivais em múltiplas transações interligadas por economias de escala ou de rede. Nesses casos, práticas como exclusividade ou venda casada podem se tornar estratégias lucrativas de detenção de entrada, mesmo quando os custos diretos da exclusão parecem elevados. Ademais, a venda casada pode gerar efeitos anticompetitivos quando os mercados adjacentes não são perfeitamente competitivos ou quando a participação em um mercado é pré-condição para a entrada em outro.

Tal mecanismo se baseia em algum tipo de economia de escala ou economia de rede, que cria externalidades contratuais negativas, fazendo com que a exclusão de uma empresa de um determinado conjunto de transações implique alguma desvantagem ou custo em outras transações, não diretamente afetadas pela conduta exclusionária. Nessas condições, o custo necessariamente incorrido ao implementar um arranjo exclusionário (e.g. descontos oferecidos a distribuidores exclusivos) é compensado pelos ganhos em outras transações, dada a desvantagem competitiva criada, uma possibilidade que não era não vislumbrada pela Escola de Chicago.

Em síntese, as proposições da Escola de Chicago acabam subestimando o custo associado ao **risco do falso negativo**, que levaria a política de defesa da concorrência a não intervir em situações nas

²⁵ desenvolvida originalmente por Salop e Scheffman (1983) e Krattenmaker e Salop (1986)

²⁶ Direitos exclusionários ocorrem sempre que o contrato de uma firma com seu fornecedor (ou cliente) impede que este transacione nos mesmos termos (em igualdade de condições) com os rivais daquela firma, podendo ser estabelecidos através de uma ampla variedade de formas (cláusulas de exclusividade, venda casada, *bundling*, recusa de venda, etc).

²⁷ É importante notar que a elevação de custos de rivais pode ser uma forma de exclusão particularmente lucrativa, pois – ao contrário da prática de preços predatórios – não incorre necessariamente em sacrifícios de lucros no curto prazo.

quais as condutas exclusionárias geram danos concorrências e perdas líquidas de bem-estar. As contribuições das abordagens Pós-Chicago permitiriam uma aplicação mais balanceada do princípio da razoabilidade, utilizando teorias do dano baseadas em ferramentas analíticas mais rigorosas. Tal balanceamento exige uma análise detalhada das condições específicas nas quais uma conduta potencialmente exclusionária é implementada, incluindo: (i) Um detalhamento das **características dos arranjos exclusionários** em foco (tais como escopo, duração, segmento do mercado atingido); (ii) Uma identificação do **mecanismo gerador de efeitos anticompetitivo**, de maneira especificar (a) como poder de mercado de uma empresa *X* no mercado *A* pode ser usado para implementar arranjos exclusionários com mercados correlatos, e (b) como estes arranjos exclusionários afetam negativamente a competitividade de rivais da empresa *X* em algum mercado, afetando as condições de concorrência neste mercado. (iii) A verificação da presença ou não das **condições que desencadeiam** operação deste mecanismo e afetam a **magnitude dos efeitos anticompetitivos** e (iv) Uma avaliação da presença de eficiências compensatórios, principalmente através da atenuação de falhas contratuais, redução de custos de transação e proteção de investimentos em ativos específicos, que podem fazer com que os arranjos exclusionários em questão tenham efeitos pró-competitivos.

4.3. *Sham Litigation* no antitruste

No âmbito das condutas exclusionárias, destaca-se ainda a *sham litigation*, caracterizada pelo uso estratégico de processos judiciais ou administrativos com o objetivo de elevar os custos de concorrentes ou excluí-los do mercado. Embora o acesso ao Judiciário seja um direito fundamental, a litigância pode assumir caráter anticompetitivo quando carece de racionalidade econômica legítima e produz efeitos negativos sobre a concorrência. A identificação da *sham litigation* é complexa, pois exige distinguir litígios genuínos de estratégias abusivas. Testes desenvolvidos nas jurisdições norte-americana e europeia buscam avaliar a ausência de fundamento razoável e a inserção da ação em um plano de exclusão concorrencial.

Na prática norte-americana, o ponto central é identificar a intencionalidade do litigante, para o que foram formulados alguns testes; por exemplo: (i) o teste PREI²⁸, que tenta identificar casos em que não há fundamento razoável para o pedido, com intenção de interferir nas atividades comerciais de um concorrente e com resultados anticoncorrenciais; (ii) o teste POSCO²⁹ trata do uso de processos judiciais em série, como no caso *California Motor* anterior, observando o padrão de comportamento ao invés de uma ação judicial. O efeito anticompetitivo seria resultado da combinação de várias medidas – judiciais e/ou administrativas, com baixa *probabilidade de sucesso* – “*propostas de forma reiterada e sistemática, com o objetivo de elevar indevidamente os custos dos rivais.*” (Eiras, 2019:66).

No caso da União Europeia, o caso *ITT Promedia X Comissão Europeia* (1998) foi estabelecido um teste em duas etapas cumulativas: (1) a ação não pode ser razoavelmente considerada como uma tentativa de estabelecer direitos e, logo, serve apenas para assediar a outra parte; (2) a ação pode ser concebida como parte de um plano para eliminar a concorrência.

Na jurisprudência brasileira, há algumas condenações³⁰. No que tange o uso de testes para

²⁸ Gerado a partir do caso *Professional Real Estate Investors X Columbia Pictures* (1994), o teste PREI, que possui duas etapas: (1) estabelecer que o processo legal é objetivamente infundado, ou seja, se o litigante não poderia esperar sucesso nos méritos; (2) verificar se o processo infundado objetiva interferir diretamente nas atividades comerciais de um concorrente (Lianos e Regibeau, 2017, p. 655-656).

²⁹ Fruto do caso *USS-POSCO Industries x Contra Costa County Building & Construction Trades Council* (1994). Mesmo que a litigante obtenha algumas decisões favoráveis (indicando que algumas ações tem fundamento jurídico), a multiplicidade de ações não se justificaria para a obtenção de direitos – uma estratégia de propor múltiplas ações com objetos semelhantes não seria *razoável*. Nesse caso, a prática seria passível de punição antitruste (SG, 2023, p. 17).

³⁰ Ver SINPETRO, Rede Gasol e Grupo Igrejinha X Carrefour (08000.024581/1994-77): as Representadas atuaram para limitar o acesso do Grupo Carrefour ao mercado de revenda de combustíveis, movimentando os poderes Executivo e Legislativo para tal, resultando em condenação pelo CADE. Em Enersystem, Newpower, Nife e Eaton X Acumuladores Moura, esta última acusava as Representadas de atuar de forma concertada solicitando esclarecimentos sobre a certificação de baterias da Moura. O caso foi arquivado visto que a ANATEL considerou procedente a preocupação das Representadas

identificar a ocorrência de *sham litigation* pelo CADE, é possível observar que a Superintendência Geral vem aplicando testes oriundos da jurisprudência norte-americana, embora a nosso juízo alguns desses testes podem incorrer em problemas em vista da tradição jurídica brasileira. Além do PREI e do POSCO, apresentados acima, há também teste de litigância fraudulenta (*fraud litigation*) – em que empresa utiliza falsidade na argumentação para obter provimento favorável.³¹ Em Aspen X Astellas há também um teste para checar se estão presentes acordos judiciais anticompetitivos – existência de acordo responsável por cancelar saída consensual ou mudança de conduta de concorrente do mercado ou a mudança de sua conduta ou mesmo que permita implementar práticas anticompetitivas clássicas.

No sistema jurídico brasileiro, a avaliação do fundamento jurídico de uma ação judicial – necessária para a primeira condição dos testes PREI e POSCO – não compete ao CADE; este poderia apenas considerá-la *ex post*, caso as pretensões tenham sido rejeitadas em juízo³². Mesmo um pedido sobre matéria já interpretada pelos tribunais em sentido contrário pode ser justificado, pois o autor pode pretender mudar a interpretação dominante – não se pode punir, sob o argumento da falta de fundamento, a iniciativa de buscar alterar as leis ou a jurisprudência. Por outro lado, o sistema antitruste brasileiro não requer que haja intenção de prejudicar a concorrência para tipificar a infração da ordem econômica, posto que esta independe de dolo ou culpa (responsabilidade objetiva).

Assim, em relação ao 1º requisito dos testes PREI, POSCO (EUA) e ITT (EU), a autoridade antitruste poderia examinar a racionalidade da conduta: uma ação (ou múltiplas ações com objetivos semelhantes) cuja única racionalidade econômica seja causar prejuízo à outra parte – porque teve seu fundamento jurídico rejeitado e não serviu para resguardar direitos. Tal ação (ou conjunto de ações) – independente de intenções – deve ser apta a prejudicar a concorrência em algum mercado relevante (provocar efeitos nos termos do art. 36); ou seja, é necessário identificar uma relação de causa-efeito entre a(s) ação(ões) e o dano efetivo ou potencial à competição (e não à parte concorrente).

Apesar dos diferentes testes, algo em comum pode ser observado: as firmas são concorrentes no mesmo mercado relevante, de modo que possuem incentivos para abusar de seu poder de mercado para excluir um concorrente. A prática de *sham litigation* com efeitos apenas do tipo exploratórios estariam fora do escopo tradicionalmente avaliado pelo CADE, como discutido anteriormente.

4.4. Condutas Exclusionárias por meio das SEPs

Para discutir a relação entre o licenciamento de SEPs e possíveis práticas anticoncorrenciais, é importante reconhecer que o oportunismo pós-contratual, situações de *lock in*, estratégias de *hold up* (ou *hold out*) e custos de transação estão amplamente presentes nas várias formas de relações contratuais que caracterizam as economias de mercado contemporâneas.

Assim, a viabilização de investimentos em inovações patenteáveis para licenciamento e o usufruto de seus benefícios depende do desenvolvimento das instituições econômicas (ou, no jargão da Nova Economia Institucional, dos **mecanismos de governança**) que limitam o oportunismo e minimizam custos de transação. Uma possibilidade é a integração vertical, que substitui os contratos entre agentes independentes e as transações mercantis pelos procedimentos administrativos das organizações empresariais, submetendo todos os ativos envolvidos a uma propriedade comum. Outra possibilidade é a pactuação de compromissos contratuais no bojo de mecanismos de governança conhecidos como “formas híbridas” (Williamson, 1991; Ménard, 2005), que envolvem instrumentos contratuais de médio e longo prazo apoiados em salvaguardas adicionais e um aparato para disponibilizar informações e resolver disputas, muitas vezes recorrendo à arbitragem de terceiros³³. Incluem uma variedade de arranjos institucionais que procuram preservar parte dos incentivos dos mercados, ainda que estes sejam inevitavelmente atenuados, mas estabelecendo mecanismos de coordenação das

(Terepins, 2008, p. 79-86).

³¹ Casos como Lundbeck X Progenéricos (08012.006377/2010-25) e Aspen X Astellas (08700.009881/2022-62) aplicam os três testes.

³² O CADE não tem como avaliar as probabilidades de sucesso de uma ação, a não ser que entre no mérito da matéria nela discutida, o que extrapola suas competências legais.

³³ Um caso típico é a organização de canais de distribuição através de redes de franquias.

interações, que incluem procedimentos administrativos, restrições ao comportamento das partes e o recurso a alguma instância superior para dirimir conflitos e barganhas – que limitam a forma como os agentes podem atuar em seus mercados³⁴. Uma terceira alternativa é a submissão dos contratos a regras oriundas de políticas regulatórias, como usualmente acontece no caso da licitação da exploração de serviços ofertados em condições de monopólio natural, quando o contrato de concessão prevê regulamentações a serem implementadas por uma agência reguladora (Williamson, 1985, Cap. 13). Nenhuma destas opções pode ser caracterizada como *a priori* superior, suas vantagens e desvantagens devem ser identificadas a partir das características específicas de cada conjunto de transações e conflitos contratuais.

É importante reconhecer que conflitos contratuais em situações de contratos incompletos com algum tipo de *lock in* (e.g. investimentos em ativos específicos) não são um fenômeno específicos dos licenciamentos de SEPs em condições FRAND. Uma das contribuições da Teoria dos Custos de Transação está em identificar uma ampla variedade de situações nas quais tais conflitos ocorrem, discutindo que tipo de solução institucional se mostra relativamente mais eficiente na mitigação dos resultantes custos de transação. Para aplicar esta abordagem teórica ao licenciamento de SEPs, é necessário analisar tanto os atributos das relações contratuais entre licenciador e licenciados, como as características dos eventuais mecanismos de governança que podem ser utilizados para criar salvaguardas contra estratégias de *hold-up/hold-out* e gerar economias de custos de transação.

Em todo caso, a intervenção antitruste, no contexto de conflitos contratuais em licenciamentos de SEPs em condições FRAND, se justifica apenas nos casos em que é possível identificar uma conduta restritiva que gere um dano concorrencial concreto – e não apenas um conflito privado.

Tal como discutido acima, um importante parâmetro que delimita o escopo da intervenção antitruste é se a legislação e a jurisprudência em uma dada jurisdição permitem que uma conduta puramente exploratória – o uso do poder de pré-existente mercado para aumentar preços e lucros – pode ser caracterizada como anticompetitiva ou se, alternativamente, a tipificação de uma infração antitruste pressupõe uma conduta que restringe a concorrência via um mecanismo colusivo ou exclusionário, criando um poder de mercado adicional – que pode, então, se manifestar em impactos sobre preços. Como vimos, tanto nos EUA como no Brasil, a política de defesa da concorrência contemporânea não reprime o exercício do poder de mercado em si (o assim chamado “preço abusivo”), mas sim aquelas condutas que têm um efeito de limitar ou restringir a competição e rivalidade, gerando novas oportunidades de exercício de poder de mercado.

Como aponta, Hovenkamp (2017), a pertinência de uma intervenção antitruste não é determinada pelo fato de uma conduta violar ou não um compromisso prévio (e.g. compromissos FRAND), mas sim pela demonstração de que tal violação gera um dano concorrencial, por estar associada a acordos colusivos ou por ter efeitos exclusionários. Se excluirmos a possibilidade de danos concorrenciais de natureza exploratória e focamos nossa atenção nas condutas unilaterais dos detentores de patentes, a possibilidade de intervenções antitruste nas violações de compromissos FRAND vai se dar quando tais violações tem um efeito – real ou potencial – de natureza predatória. Por exemplo, numa venda casada, se o detentor da patente essencial oferta também algum tipo de componente físico (por exemplo, um chip), fabricado por ele próprio ou por uma empresa afiliada, ou ainda se impõe algum tipo de exclusividade no referido insumo. Neste caso, se o licenciamento é condicionado à compra do insumo, ou se é oferecido um desconto para a compra conjunta, pode ser caracterizada uma conduta anticompetitiva com efeitos sobre um mercado relevante colateral³⁵. Uma outra possibilidade é o licenciamento ser condicionado a um contrato de exclusividade no fornecimento do insumo, limitando a atuação de rivais e/ou criando barreiras à entrada.

³⁴ Vale ressaltar que a obrigação de licenciar em termos FRAND é uma restrição ao comportamento do titular de SEP e que existe procedimento administrativo – por exemplo, no European Telecommunications Standards Institute (ETSI) – prevendo a retirada da patente do padrão caso haja recusa no licenciamento (cláusula 8.2 da *policy* do ETSI, ver <https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>).

³⁵ A venda casada pode ser uma forma de não cumprir o compromisso FRAND, se a margem de lucro limitada por este compromisso é compensada por um preço mais elevado do insumo (caso Qualcomm vs Apple).

Melamed e Shapiro (2018) também discutem como o detentor de uma patente essencial pode recusar ou dificultar o licenciamento para, com isso, ganhar ou preservar poder de mercado em um mercado relevante no qual o implementador seja seu rival – como ocorre quando o detentor da patente é também um implementador, ou seja, é integrado verticalmente. Um dano concorrencial também poderia ser gerado por uma venda casada de natureza anticompetitiva – neste caso, os autores argumentam que a tese no lucro de monopólio único não se aplica, já que o compromisso FRAND justamente consiste em um limite ao exercício de poder de mercado na fixação dos *royalties*. Na mesma direção, discutindo a possibilidade de um abuso de posição dominante de natureza exclusionária, a partir da perspectiva da defesa da concorrência na União Europeia, Nazzini (2023) identifica a possibilidade de uma estratégia de fechamento ou exclusão quanto o detentor da patente SEP é verticalmente integrado.

Neste contexto, os princípios básicos que orientam a repressão antitruste de práticas exclusionárias – como é o caso das teorias do dano, revisadas na subseção anterior – são de aplicação geral, para avaliar se uma violação de um compromisso FRAND por um detentor de uma SEP é efetivamente uma infração à legislação de defesa da concorrência. Para isso ocorrer, duas condições básicas devem ser atendidas: (i) A empresa investigada deve possuir um poder de mercado suficiente para estabelecer compromissos contratuais ou outra forma de exercer influência sobre a condutas de agentes independentes que **afetam a operação de seus rivais existentes ou potenciais** em algum mercado relevante. (ii) O efeito sobre a operação de seus rivais (e.g. elevação de custos, bloqueio de acesso a um recurso que impede a entrada no mercado, etc.) deve **afetar as condições de concorrência** no mercado relevante em foco, criando oportunidades para o exercício de poder de mercado e, deste modo, gerando perdas para os consumidores, que não sejam compensadas por algum tipo de eficiência.

Por fim, cabe notar que, embora a conduta de *Sham Litigation* tenha suas especificidades, o seu efeito – do ponto de vista antitruste – é também de natureza exclusionária, o que significa que **também aqui a caracterização de uma infração antitruste exige que sejam identificados efeitos sobre a concorrência, e não meramente sobre um concorrente**. Para isso, é necessário não apenas reunir evidências que indiquem que o comportamento da empresa investigada não tem racionalidade econômica, no sentido de que esta inicia litígios sem a perspectiva de benefícios palpáveis, incorrendo em custos que não serão compensados com os resultados das ações implementadas, mas também é preciso demonstrar que:

- (i) Os litígios gerados **afetam a capacidade de competir de concorrentes existentes e potenciais**, gerando custos excessivos para estes ou impedindo o acesso a recursos necessários para atuar em algum mercado no qual a empresa investigada atua – por exemplo, acesso a uma tecnologia, nos casos envolvendo litígios em torno da propriedade intelectual.
- (ii) Os efeitos diretos sobre o(s) concorrente(e) implicam uma **redução da concorrência** no mercado em questão, e enfraquecendo a rivalidade e/ou erguendo barreiras à entrada.

5. Critérios para caracterizar danos concorrenciais em licenciamentos de SEPs

O framework aqui desenvolvido apresenta critérios para avaliar se uma violação de um compromisso FRAND por um detentor de SEP é efetivamente uma infração à legislação de defesa da concorrência, podendo ser caracterizada como uma conduta exclusionária. Como no caso de qualquer conduta exclusionária, trata-se de uma análise baseada no princípio da razoabilidade – ou seja, violações de compromissos FRAND, envolvendo ou não liminares de exclusão de uso, não configuram infrações per se. Assim, uma intervenção antitruste somente se justifica quando existem evidências suficientes de que a conduta em questão gera um dano concorrencial concreto em algum mercado relevante. Litígios privados que não configuram um dano para a concorrência, ainda que gerem custos de transação e justifiquem a busca de mecanismos eficientes para mitigar conflitos contratuais e garantir a implementação de compromissos FRAND, fogem do escopo de atuação nas autoridades antitruste na repressão de condutas exclusionárias.

Para avaliar a presença de um dano concorrencial, a análise deve se desenvolver em 5 etapas:

1ª Etapa: Caracterização da conduta - No licenciamento de SEPs, possíveis condutas exclusionárias podem se apresentar na forma de uma variedade de condições contratuais que afetam a maneira como o licenciado atua em um ou mais mercados relevantes, seja um mercado cujo produto incorpora a tecnologia, seja em um mercado correlato. Para serem caracterizadas como potencialmente anticompetitivas, não basta que tais condutas configurem uma violação dos compromissos FRAND, é necessário que estas tenham efeitos restritivos sobre a concorrência em um mercado no qual o detentor da patente essencial pode auferir uma vantagem competitiva que lhe permite o exercício abusivo de poder de mercado. Ou seja, a presença de alguma sobreposição horizontal entre a atuação do licenciador e do licenciado é condição necessária para a existência de um potencial efeito anticompetitivo de natureza exclusionária, que justifique uma intervenção da autoridade antitruste.

Diversas práticas podem ter um efeito exclusionários e devem ser adequadamente caracterizadas. Os tipos básicos são os seguintes :

- (i) Discriminação de preços em estratégias de elevação de custos de rivais - quando o licenciador eleva o royalty a ser pago por um implementador (ou por um conjunto de implementadores), reduzindo sua competitividade no(s) mercado(s) do(s) produto(s) que utilizam a tecnologia licenciada. Esta conduta pressupõe a integração vertical do detentor da SEP, ou que este tenha alguma relação acionária ou acordo cooperativo com um competidor no(s) mercados(s) a montante do(s) produto(s). Se o detentor da patente não é integrado verticalmente, ou não possui algum vínculo acionário ou estratégico com um implementador, não há racionalidade econômica em adotar uma conduta discriminatória para distorcer a concorrência e reduzir a rivalidade no mercado do produto, pois isso tenderia a reduzir a quantidade vendida do produto e, por conseguinte, a demanda da tecnologia licenciada .
- (ii) Recusa de venda sem uma justificativa razoável, impedindo a atuação de uma ou mais empresas no(s) mercado(s) do(s) produto(s) que utilizam a tecnologia licenciada . Essa conduta reduz a competição no mercado a jusante e também pressupõe a integração vertical ou vínculos acionários ou estratégicos entre o detentor da SEP e alguma empresa implementadora da tecnologia.
- (iii) Venda casada (e bundling) - quando o licenciado condiciona o licenciamento da tecnologia ao licenciamento de outra tecnologia ou à aquisição de algum insumo ou componente, seja este utilizado junto com a tecnologia licenciada ou não. O efeito da venda casada é usualmente uma restrição da concorrência no mercado da tecnologia ou insumo que é casado ao contrato de licenciamento da SEP, dado que o licenciador ganha uma vantagem competitiva artificial e não replicável neste mercado. No caso dos licenciamentos em condições FRAND, pode ocorrer também uma alavancagem de poder de mercado, dado que o argumento do lucro do monopólio único não se aplica – o licenciador, não conseguindo elevar o valor dos royalties devido ao compromisso FRAND, pode usar a venda casada para se evadir deste compromisso e extrair lucros adicionais em um outro mercado .
- (iv) Imposição de cláusulas de exclusividade em algum mercado correlato, como condição para a pactuação do licenciamento da SEP, o que pressupõe que o licenciador e a implementadora estabelecem relações comerciais (e.g. fornecimento de insumos) neste outro mercado.
- (v) Imposição de cláusulas de não concorrência em contratos de licenciamento, através das quais o licenciador pode estabelecer que o licenciado fica impedido de desenvolver

tecnologias que sejam rivais da tecnologia licenciada (ou, eventualmente, de outras tecnologias do licenciador), eliminando assim a possibilidade do surgimento de um competidor potencial.

2ª Etapa: Definição do(s) mercado relevante no(s) qual(is) o dano concorrencial pode ocorrer/vai ser investigado - As condutas exclusionárias aqui discutidas envolvem sempre pelo menos dois mercados: um é o mercado de oferta do licenciamento da SEP, no qual – em princípio – a licenciadora é monopolista; o outro pode ser o mercado no qual a licenciadora atua ofertando o produto que incorpora a tecnologia licenciada, ou ainda um mercado correlato no qual a licenciadora atua e pode auferir lucros adicionais ao restringir a concorrência existente ou potencial.

Na linguagem da Resolução No. 20/1999 do CADE, o primeiro seria o mercado de “origem” e o segundo seria o mercado “alvo” da prática restritiva com potencial exclusionário. Uma avaliação da presença de posição dominante no mercado de origem seria necessária para dar prosseguimento à investigação, mas – no caso de patentes essenciais – a detenção de poder de mercado por parte do licenciador pode ser liminarmente constatada pela essencialidade da tecnologia em questão .

A delimitação do mercado relevante alvo (ou dos mercados que são alvo) deve receber uma atenção especial, pois sua delimitação, por ter implicações sobre a identificação dos concorrentes, mensuração do grau de concentração e avaliação das barreiras à entrada, afeta a análise dos efeitos da suposta conduta exclusionária sobre a concorrência. Ou seja, uma correta delimitação deste(s) mercado(s) relevante(s) é necessária para a avaliação do eventual dano concorrencial, a ser feita na 4ª etapa da análise. Vale lembrar que a definição do mercado relevante alvo pressupõe a existência de algum espaço econômico no qual o licenciador da SEP e o licenciado se posicionam como competidores na oferta de produtos que usem a tecnologia licenciada, ou ainda que o licenciador atue em algum mercado correlato para o qual possa ocorrer a alavancagem de poder de mercado (caso a conduta investigada seja a venda casada). Quando isso não ocorre, não há mercado alvo a ser definido e não é possível caracterizar uma conduta anticompetitiva exclusionária.

A Resolução CADE Nº 33, de 14 de abril de 2022 aponta que atos de concentração serão tratados pelo Procedimento Sumário desde que atendam critérios (art 8º) de concentração horizontal menor do que 20% após a operação e concentração vertical menor do que 30% em concentrações verticais, entre outros casos. Pode-se fazer uma analogia sobre a possibilidade de ilícito concorrencial exclusionário no caso de que empresas que praticam condutas como descritas na 1ª etapa apenas no caso de participação de mercado horizontal e vertical superior a estes limites, nos mercados afetados pela conduta.

3ª Etapa: Aplicação da teoria do dano pertinente e delimitação do mecanismo anticompetitivo - Como já discutido, a identificação de um elo causal entre uma conduta ou prática contratual e um efeito de restrição ao processo competitivo não é trivial na aplicação do princípio da razoabilidade, exigindo uma teoria do dano que especifique o mecanismo anticompetitivo pertinente. Assim, a investigação de uma conduta potencialmente exclusionária exige que seja especificada a teoria do dano que permite evidenciar como tal conduta efetivamente cria desvantagens competitivas.

Neste contexto, devem ser examinados:

- (i) O efeito de uma discriminação dos valores dos royalties sobre a efetiva capacidade de competir de implementadores;
- (ii) A identificação de empresas que são excluídas de um mercado a jusante, como resultado de uma recusa de venda que não possa ser explicada por uma decisão de não aceitar condições que são usuais ou normais no licenciamento da SEP em questão;
- (iii) Indícios do uso da venda casada como um artifício para explorar o poder de mercado oferecidos pela patente essencial, por meio de uma alavancagem de poder de mercado ;
- (iv) A presença de fatores que geram externalidades contratuais (e.g. economias de escala,

economias de rede), tornando as práticas de venda casada e acordos de exclusividade capazes de reduzir a rivalidade ou criar barreiras à entrada em algum mercado correlato.

4ª Etapa: Avaliação da magnitude dos efeitos sobre a concorrência - Uma vez que existem mecanismos que fazem com que alguma conduta caracterizada na 1ª Etapa gere potencialmente danos concorrenciais, dadas as etapas 2 e 3 acima, cabe avaliar a magnitude dos efeitos sobre a concorrência. Para que o bem-estar dos consumidores seja afetado negativamente e a conduta envolvida configure uma infração antitruste, não basta que rivais sejam de alguma forma impactados: é necessário também que seja verificado um efeito real sobre o processo competitivo, viabilizando o exercício abusivo de poder de mercado. Assim, a finalização da análise do dano concorrencial envolve:

- (i) Avaliar as condições de concorrência no mercado afetado: grau de concentração, rivalidade e estratégias competitivas, barreiras à entrada e entrantes potenciais.
- (ii) Avaliar a inserção competitivas da(s) empresa(s) afetada(s), o seu papel na garantia da rivalidade ou como entrante bem favorecido.
- (iii) Dimensionar o efeito sobre a concorrência no(s) mercado(s) alvo(s) da conduta investigada, seja em termos da rivalidade ou da ameaça de novas entradas.

5ª Etapa: Eficiências - No caso de condutas exclusionárias que violam condições FRAND, não há evidências de que existam eficiências compensatórias relevantes.

Apesar disso, a avaliação de eficiências compensatórias é parte integrante de uma avaliação dos efeitos líquidos de uma conduta exclusionária sobre o desempenho de um mercado e o bem-estar dos consumidores não pode ser excluída a priori, sendo parte integrante da aplicação do princípio da razoabilidade.

6. Comentários Finais

O presente artigo buscou delimitar o espaço existente para a atuação da política de defesa da concorrência em situações nas quais há um suposto abuso de poder de mercado no licenciamento de SEPs, possivelmente envolvendo uma violação de compromisso FRAND. Foi apontado que, para justificar uma intervenção das autoridades antitruste, é necessário que seja constatada a presença de um **dano concorrencial** – e não a mera presença de conflito privado, com perdas para uma das partes. No Brasil, dada a jurisprudência formada pela atuação do CADE, a identificação deste dano concorrencial exige que um eventual efeito puramente exploratório seja gerado por algum tipo de conduta colusiva, ou que seja caracterizado um efeito exclusionário, resultante de condutas que restringem a rivalidade e/ou geram barreiras à entrada em algum mercado relevante.

Dado que as práticas restritivas normalmente imputadas aos detentores de SEP são de caráter unilateral, a discussão de seus eventuais efeitos anticompetitivos deve se concentrar no dano exclusionário, incluindo a *sham litigation*. Neste contexto, a identificação de situações que justifiquem a intervenção antitruste deve estar baseada em uma teoria do dano que estabeleça um mecanismo causal plausível entre uma determinada prática e uma restrição à concorrência efetiva e potencial, bem como a realização de uma análise das condições de concorrência no mercado relevante em questão, que afetam a materialização ou não do dano concorrencial. É importante notar que as condutas exclusionárias mencionadas pressupõem que a empresa investigada pode se utilizar do poder de mercado detido em dado mercado para gerar danos concorrenciais e auferir ganhos monopolistas em outro mercado. Isso frequentemente se verifica quando a empresa que adota a conduta exclusionária é integrada verticalmente, mas também pode ocorrer quando tal empresa tem algum vínculo estratégico ou acionário com participantes do outro mercado, ou quando ela é uma entrante potencial no mercado correlato.

A discussão realizada aponta que, para uma análise de possíveis condutas anticompetitivas no licenciamento de SEPs em condições FRAND, é fundamental contar com critérios claros que orientem

a avaliação da probabilidade de estarem ocorrendo danos concorrenciais que justificam uma eventual intervenção por parte da política de defesa da concorrência. Como no caso de qualquer conduta exclusionária, trata-se de uma análise baseada no princípio da razoabilidade – ou seja, conflitos em negociações de compromissos FRAND, envolvendo ou não liminares de exclusão de uso – não configuram infrações antitruste per se. Assim, uma intervenção antitruste somente se justifica quando existem evidências suficientes de que a conduta em questão gera um dano concorrencial concreto em algum mercado relevante.

No *framework* aqui proposto, a investigação de supostas práticas exclusionárias por parte de detentores de SEPs deve incluir: (i) uma caracterização do tipo de conduta que estaria sendo praticada (e.g. venda casada, exclusividade, elevação de custos de rivais através de práticas discriminatórias), (ii) a definição dos mercados relevantes envolvidos, tanto o da tecnologia licenciada, quanto o licenciado no qual o dano concorrencial pode ocorrer, (iii) a identificação do mecanismo que potencialmente gera o efeito exclusionário (teoria do dano), (iv) a avaliação da materialização do dano, dadas as condições concorrenciais no mercado relevante envolvido, e (v) a consideração de possíveis eficiências das cláusulas contratuais investigadas. Os critérios contidos no *framework* oferecem uma espécie de filtro a ser usado para, diante de conflitos contratuais e litígios entre licenciados de implementadores de SEPs, delimitar aqueles casos nos quais existe uma probabilidade não desprezível de existência de danos para a concorrência, justificando a atuação das autoridades de defesa da concorrência. Deste modo, fica garantido que, na eventualidade da política de defesa da concorrência ser utilizada como um instrumento institucional para garantir o adequado para cumprimento dos compromissos FRAND, sejam respeitados o seu escopo e forma de intervenção na repressão de condutas anticompetitivas.

Referências bibliográficas

- ANKMAN, P. The Role of Exploitation in Abuse under Article 82 EC. **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, v. 11, p. 165-188. 2009
- BAILEY, D. The new frontiers of Article 102 TFEU: antitrust imperialism or judicious intervention?, **Journal of Antitrust Enforcement**, Volume 6, Issue 1, April, pp. 25–53 2018
- BARNETT, J. Has the Academy led Patent Law astray? **Berkeley Technology Law Journal**, v. 32, n. 5, p. 1313-1380. 2015
- BORK, R. H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. New York, Basic Books. 1978
- BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam; e LANCIERI, Filippo Maria. The Chicago School's Limited Influence on International Antitrust, **University of Chicago Law Review**, Vol. 87: Iss. 2, Article 2, 2020
- CARLTON, D W., & SHAMPINE. A. An economic interpretation of FRAND,. **Journal of Competition Law and Economics**, 9.3: 531-552. 2013
- CASTRO, B. B. Preços Exploratórios: por uma nova Teoria da Decisão. *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 1, p. 11-69, 2017.
- CURRAN, Patrick D. Standard-Setting Organizations: Patents, Price Fixing, and Per Se Legality. **University of Chicago Law Review**, Vol. 70: Iss. 3, Article 4. 2003
- DELRAHIM, M. **Antitrust Law and Patent Licensing in the New Wild West**, Remarks as Prepared for IAM's Patent Licensing Conference, 2018.
- DOSI, G.. "Sources, Procedures, and Microeconomic Effects of Innovation." *Journal of Economic Literature* 26, no. 3 1988
- EIRAS, L. *Sham Litigation*: requisitos para sua configuração. **Revista de Defesa da Concorrência**, 7(2): 53-75. 2019
- EPSTEIN, R. A., e NOROOZI, K. B. Why Incentives for "Patent Holdout" Threaten to Dismantle FRAND, and Why It Matters. **Berkeley Technology Law Journal**, 32(4), 1381–1432. 2017
- FERRAZ JR, T. S. Da abusividade do poder econômico. **Revista de direito econômico**, 21(1):23-30, 1995
- FIEDLER, Clemens; LARRAIN, Maria & PRÜFER, Jens. Membership, governance, and lobbying in standard-setting organizations. **Research Policy**, 52, 104761. 2023
- FURUBOTN, E. G. & RICHTER, R. **Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics**. Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997
- GANDAL, N., REGIBEAU, P. SSOs: Current policy issues and empirical evidence. **CEPR Discussion Paper**

No. DP9849, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2444870> 2014

HOVENKAMP, Erik. Tying, exclusivity, and standard-essential patents. **Columbia Science and Technology Law Review**, v. 19, p. 79. 2017

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice**. St Paul: West Publishing Co. 1994

HOVENKAMP, Herbert. FRAND and Antitrust. **Cornell Law Review**, 105: 1683. 2020

KATSOULACOS, Y. Why legal standards in antitrust enforcement in developing jurisdictions should differ from those in mature jurisdictions: A decision-theoretic approach. **BRICS Journal of Economics**, 3(2): 63-76. 2022

KRATTENMAKER K. & SALOP S. Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. **Yale Law Journal**, vol. 96, p. 209. 1986

LAFONTAINE, F., & SLADE, M. E. Transaction Cost Economics and Vertical Market Restrictions – Evidence. **The Antitrust Bulletin**, 55(3), 587-611. 2010

LAROUCHE, P. & Van OVERWALLE, G. Interoperability Standards, patents and competition policy. **TILEC Discussion Paper**, Tilburg University, DP 2014-050, December. 2014

LINDEBOOM, J. Formalism in competition law. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 18, n. 4, p. 832-880. 2022

MARINOVA, M. Unmasking excessive pricing: evolution of EU law on excessive pricing from United Brands to Aspen. **European Competition Journal**, v. 20, n. 2, p. 315-339. 2024

MELAMED, A., & SHAPIRO, C. How antitrust law can make FRAND commitments more effective. **The Yale Law Journal**, p. 2110-2141. 2018

MELLO, M.T.L. e SILVA, E. Propriedade Intelectual, Concorrência, Inovação. In Pelaez, V., Lima, A.A.de, Rosário, F.J.P. e Ferreira Jr., R.R., (orgs.), **Fundamentos de Economia e Gestão da Inovação**, São Paulo, Hucitec, pp 146-169. 2023

MÉNARD, C. The inadequacy of competition policies: A new institutional approach. In M. Oppenheimer & N. Mercurio (Eds.), **Law and economics: Alternative economic approaches to legal and regulatory issues**. New York: M.E. Sharpe, pp. 27–54. 2005

NAZZINI, R. Global licences under threat of injunctions: FRAND commitments, competition law, and jurisdictional battles. **Journal of Antitrust Enforcement**, 11.3: 427-453. 2023

NICHOLAS, T. Why Schumpeter was Right: Innovation, Market Power, and Creative Destruction in 1920s America **The Journal of Economic History** Vol. 63, No. 4 pp. 1023-1058, 2003

PODSZUN, R. From competition law to platform regulation – Regulatory choices for the digital markets act. **Economics**, v. 17, n. 1, p. 20220037. 2023

RIBEIRO, E.P.; PONDE, J. L.; PRADO, L .C; LYRA, M P de O. The concept of Essentiality in Digital Platform Markets: An Overview. Artigo apresentado no III Rio International Workshop on Advances in Competition Policy Analysis (GDEC-CRESSE) 2024

RIBEIRO, E.P., MATTOS, C. The Brazilian Experience with Excessive Pricing Cases: Hello, Goodbye. In: Katsoulacos, Y., Jenny, F. (eds) **Excessive Pricing and Competition Law Enforcement**. International Law and Economics. Springer, Cham. 2018

SHAPIRO, C.; LEMLEY, M A. Role of Antitrust in Preventing Patent Holdup. **Revista Amagis Jurídica**, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 13-80, jan. 2024

SCHUMPETER, J A. **The Theory of Economic Development**. Oxford: Oxford University Press 1934

TEECE, D. J. Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration, licensing and public policy. **Research Policy**, Elsevier, vol. 15(6), pages 285-305, December, 1986.

TSAI, J. e WRIGHT, J. Standard Setting, Intellectual Property Rights, and the Role of Antitrust in Regulating Incomplete Contracts, **Antitrust Law Journal** 157 2015

WILLIAMSON, O. E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: Free Press, 1995

WHINSTON, M. Tying, Foreclosure, and Exclusion, **American Economic Review**, 80, 83, 1990