



Texto para Discussão 010 | 2026

Discussion Paper 010 | 2026

Política e Prática de Defesa da Concorrência e SEPs (*Standard Essential Patents*): uma visão integrada

João Luiz Pondé

Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro

E-mail: ponde@ie.ufrj.br.

Maria Tereza Leopardi Mello

Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro

E-mail: leopardi@ie.ufrj.br

Luiz Carlos Delorme Prado

Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro

E-mail: lcdprado@gmail.com

Marcos Puccioni de Oliveira Lyra

Departamento de Economia, Universidade Federal Fluminense

E-mail: marcoslyra@id.uff.br

Eduardo Pontual Ribeiro

Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro

E-mail: eribeiro@ie.ufrj.br

This paper can be downloaded without charge from

<https://www.ie.ufrj.br/publicacoes-j/textos-para-discussao.html>

Política e Prática de Defesa da Concorrência e SEPs (*Standard Essential Patents*): uma visão integrada¹

Abril, 2026

João Luiz Pondé

Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro
E-mail: ponde@ie.ufrj.br.

Maria Tereza Leopardi Mello

Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro
E-mail: leopardi@ie.ufrj.br

Luiz Carlos Delorme Prado

Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro
E-mail: lcdprado@gmail.com

Marcos Puccioni de Oliveira Lyra

Departamento de Economia, Universidade Federal Fluminense
E-mail: marcoslyra@id.uff.br

Eduardo Pontual Ribeiro

Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro
E-mail: eribeiro@ie.ufrj.br

¹ Este trabalho é baseado no Relatório Final de pesquisa com o mesmo nome, realizada através da FUNDAÇÃO COORDENAÇÃO DE PROJETOS, PESQUISAS E ESTUDOS TECNOLÓGICOS – COPPETEC, com o registro IE-26772, financiada por Licks Advogados, em contrato de ICT. Agradecemos a Gustavo Pietruza e Bruno Cabral Muniz Freire pela assistência na elaboração do trabalho

Resumo

Este artigo discute as questões antitruste envolvidas no licenciamento de *Standard Essential Patents* (SEPs). Para isso apresentamos uma breve análise da bibliografia sobre a relação entre patentes e concorrência, que serve de base para a discussão sobre licenciamento em condições FRAND (*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*). Analisamos as teorias do dano concorrencial aplicáveis ao licenciamento FRAND e formulamos uma proposta de *framework* para avaliar eventuais danos à concorrência nesse tipo de licenciamento.

Palavras-Chave: propriedade intelectual, licenciamento de patentes, standard essential patents (SEP), defesa da concorrência.

KeyWords: intellectual property, patent licencing, standard essential patents (SEP), competition policy

Códigos JEL: K21, O34

1 Considerações iniciais

Este trabalho tem por objetivo apresentar e discutir a Política de Defesa da Concorrência e sua prática pelo CADE para contratos de Licenciamento de *Standard Essential Patents* (SEPs), levando em consideração o debate da relação entre direito de propriedade intelectual, particularmente no caso das patentes, e a literatura e jurisprudência contemporânea de Defesa da Concorrência.

A Defesa da Concorrência é um instrumento de política pública cujos primeiros marcos legais surgiram na América do Norte (EUA e Canadá) ao final do século XIX. Os arranjos legais decorrentes desses instrumentos e a teoria econômica que fundamentava essas políticas foram desenvolvidos ao longo do século XX. Fora do continente norte-americano, as políticas de defesa da concorrência difundiram-se bem mais tarde: para a Europa, no imediato pós-guerra e, principalmente, depois de ser incorporada ao Tratado de Roma em 1957; para o resto do mundo principalmente depois da década de 1990, com forte influência da agenda de reformas estruturais induzidas pelo FMI e pelo Banco Mundial.

A Propriedade Intelectual (PI) e, especialmente, as patentes, surgem nas esferas doméstica e como parte de tratado internacional muito antes da Defesa da Concorrência – sua história está diretamente associada ao forte processo de mudança tecnológica nas economias ocidentais, particularmente no rápido avanço da Revolução Industrial no século XIX. Pode-se mencionar entre os documentos e tratados históricos a Convenção de Paris, adotada em 1883, aplicável para a todos os tipos de Propriedade Intelectual, do qual o Brasil foi um dos 11 primeiros signatários, a Convenção de Madrid, sobre indicação de origem de bens de 1883 até os recentes acordos sobre propriedade intelectual no âmbito da OMC².

² A Convenção de Paris foi revisada muitas vezes, sempre com a participação ativa do Brasil (Brussels - December 14, 1900; Washington - June 2, 1911; The Hague - November 6, 1925; London - June 2, 1934; Lisbon - October 31, 1958; Stockholm - July 14, 1967; Emendado: September 28, 1979) e é uma das convenções administrada pela OMPI.

A Defesa da Concorrência e a Propriedade Intelectual, principalmente no caso de patentes, 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.³

Esta questão da relação entre patentes e antitruste foi resolvida com a definição de PI como um tipo de propriedade. Ou seja, PI gera direitos exclusivos sobre várias coisas, como patentes, marcas, desenhos industriais etc. e nesse sentido exclui o acesso de terceiros para usufruir de seus benefícios. Mas, esse é exatamente o que faz o direito de propriedade e, nesse sentido, PI não é diferente de outros tipos de propriedades. (Maggiolino e Zoboli, 2021)⁴. Além disso, o usufruto da PI é visto como um estímulo a inovação, permitindo aos inovadores remunerar seus investimentos em P&D. Como observa estudo recém-publicado da OCDE (2025), como a Propriedade Intelectual protege capital baseado em conhecimento, não é surpreendente que sua importância venha aumentando nos últimos anos. Esse trabalho conclui acertadamente que, na medida em que há um grande crescimento dos mercados digitais e um correspondente aumento na importância dos ativos intangíveis, a interação entre concorrência e propriedade intelectual ganha importância.

Apesar disso, a forma como o direito de Propriedade Intelectual é exercida, através da criação de um monopólio com duração determinada, difere da forma de atuação normal das agências antitruste, que é a de reprimir comportamento anticoncorrencial, em

³ 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.

⁴ Também na abordagem da Nova Economia Institucional, as patentes são uma das várias formas de direitos de propriedade, dado que estes se aplicam a ativos tangíveis e intangíveis. Ver Furubotn e Richter (1997, pp. 76-85). Mas é importante lembrar que a definição econômica de direitos de propriedade é mais ampla que a definição no Direito, pois inclui também o efeito de normas sociais.

especial, práticas exclusionárias. Portanto, **a aplicação de política antitruste para PI tem como principal desafio determinar os limites entre a prática legal de comportamentos exclusionários – ou seja, o usufruto legal do direito de propriedade, como patente – do abuso desse direito de exclusão e, portanto, de um dano sobre o ambiente concorrencial com efeitos negativos sobre o bem-estar do consumidor.**

Quando um detentor de uma patente participa de uma *Standard-Setting Organization* (SSO) e sua patente é integrada como necessária para a implementação de uma norma técnica privada, tornando-se uma – *Standard Essential Patent* (SEP), – este se submete a um conjunto de regras e compromissos. Uma SSO é uma associação coletiva de autogovernança industrial. Elas são formadas por diversos agentes que atuam com inovação e, em conjunto, estabelecem e atualizam normas técnicas privadas, conhecidas como *standards* (Fiedler, Larrain & Prufer, 2023). Esses *standards* permitem a coordenação da indústria para uma solução técnica única. Essas associações podem ser caracterizadas como colaboração entre concorrentes. A legalidade dessa colaboração, sob o ponto de vista antitruste, decorre da geração de eficiências, redução dos custos, efeitos positivos de rede, difusão de informações relevantes e economias de custos de transação que resultam de sua ação. Portanto, os efeitos líquidos da autorregulação das SSO seriam, em princípio, positivos para os consumidores e para eficiência econômica em geral e essas organizações cumprem um importante papel no mundo contemporâneo.

Por outro lado, há uma óbvia vantagem competitiva para as empresas cujas patentes são caracterizadas como SEP. Dessa forma, a fim de prevenir efeitos exclusionários e exploratórios resultantes desses benefícios, os detentores de patentes SEP têm a obrigação de oferecer licenças segundo os critérios FRAND (justo, razoável e não discriminatório).

Este trabalho apresenta a seguinte estrutura. Na seção 2 são discutidos aspectos econômicos e institucionais da Propriedade Intelectual, particularmente no caso de patentes, bem como a relação entre a proteção do direito de patentes e a política de defesa da concorrência. Além disso, são introduzidos conceitos para analisar SEPs em uma perspectiva da literatura antitruste. Na seção 3, os conceitos introduzidos na seção 2 servem de base para uma discussão sobre licenciamento FRAND, em uma perspectiva de Defesa da Concorrência. Nessa seção são discutidas, também, teorias do dano concorrenciais aplicáveis ao licenciamento FRAND. Na seção 4 são apresentados

critérios para caracterizar eventuais danos concorrenciais em licenciamentos de SEPs e é formulada uma proposta preliminar de *framework* para avaliar danos concorrenciais em licenciamento de SEP. A Seção 5 resume, à guisa de conclusão, os principais resultados alcançados.

2 Patentes Necessárias para Implementação de Normas Técnicas Privadas (SEPs - Standard Essential Patents), Concorrência e Licenciamento FRAND

2.1 Inovação e Apropriabilidade via Patentes

Como já destacado, a relação entre patentes e defesa da concorrência enseja controvérsias, já que é inerente ao sistema patentário provocar alguma restrição à concorrência, na medida em que ele seja eficaz para impedir imitações da inovação protegida. Os lucros derivados do sucesso inovativo são, por sua natureza, ganhos temporários de tipo monopolista⁵; a apropriação destes é de interesse estratégico para as empresas inovadoras, que buscam prolongar ao máximo o período em que serão as únicas a se apropriar dos frutos das vantagens competitivas proporcionadas por inovações. O grau de apropriabilidade⁶ de uma inovação depende de fatores que impedem ou dificultam a imediata difusão dessas vantagens; entre eles, destacam-se *tempo e custo* de imitação (relativamente ao tempo e custo de inovação). Vários meios podem ser usados para isso – a patente é um deles.

⁵ 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. Ver para essa discussão Nicholas (2003) e Schumpeter (1911).

⁶ A apropriabilidade se refere à capacidade de uma empresa ou indivíduo de 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. Um conceito importante, nesse debate, é o de apropriação que é a capacidade de usar sua patente (ou sua propriedade intelectual) para obter retorno financeiro. Uma empresa pode ter a exclusividade de uso de uma tecnologia patenteada, mas se não conseguir traduzir isso em receita, a apropriação não será efetiva.

A eficácia da apropriação – seja por patentes, segredo industrial ou outros meios de apropriabilidade – deve ser avaliada pela sua capacidade de afetar custos e tempo de imitação, criando ou reforçando as condições de apropriabilidade. A patente é, assim, um instrumento de concorrência e como tal deve ser analisado; sua importância econômica decorre de ser um meio efetivo de *apropriabilidade* - que aumenta a possibilidade de o inovador reter vantagens competitivas decorrentes da introdução de inovações (de sucesso) no mercado.

Há ampla literatura empírica demonstrando que esse efeito varia entre setores, a depender de um conjunto de condições – tecnológicas, de mercado e institucionais – que fazem com que o instrumento jurídico seja visto como meio mais efetivo de apropriabilidade em algumas indústrias. Dentre as principais constatações desses estudos, podemos apontar⁷:

- (i) há marcantes diferenças setoriais na importância das patentes para a apropriabilidade: raramente elas são tidas como o meio principal para proteger uma inovação contra imitações, salvo exceções (como na indústria farmacêutica);
- (ii) a proteção por patentes, quando utilizada, apresenta um tempo de vida relativamente curto, requerendo apoio de outros tipos de proteção para ter efeito relevante sobre a apropriação dos retornos do esforço inovativo;⁸

⁷ V. Taylor & Silberston (1973) Mansfield *et al.* (1981), Mansfield (1986; 1994), Kirim (1985), Levin *et al.* (1987), Cohen *et al.* (2000), entre outros. Mello (2009) e Mello e Silva (2023) analisam em mais detalhes essa bibliografia empírica.

⁸ Embora a proteção à PI dificulte a imitação e reduza as possibilidades de contorno da tecnologia protegida, a maior parte das inovações patenteadas são imitadas num prazo inferior ao tempo de duração da patente. Outros tipos de proteção que são rotineiramente usados para a apropriação do esforço inovativo são: (i) o segredo; (ii) a publicidade e a reputação; (iii) o pioneirismo em tecnologias com alta cumulatividade; (iv) a presença de conhecimentos tácitos na produção industrial; (v) o aprendizado em economias de escala ou escopo. Dependendo das condições técnicas e econômicas das indústrias, são tão ou mais eficazes do que o instrumento jurídico para garantir condições de apropriabilidade. A possibilidade de privilegiar o uso de um ou de outro – ou, como é mais frequente, usá-los em conjunto – depende fortemente de características setoriais e/ou tecnológicas.

- (iii) o uso estratégico da propriedade intelectual é muito variável entre setores, observando-se que nem sempre é usado com a finalidade de impedir imitações: mesmo naquelas indústrias em que patentes não são vistas como o meio mais efetivo de apropriabilidade, elas podem ser usadas para outros fins estratégicos (*e.g.*, mensurar o valor dos ativos tecnológicos ou difundir um *standard* dominante de produto);
- (iv) parece haver algum efeito positivo da proteção patentária sobre acordos de P&D conjunto ou transferência de tecnologia, na medida em que as patentes propiciam parâmetros para a avaliação do valor econômico da tecnologia objeto da negociação ou funcionam no sentido de diminuir os riscos de comportamentos oportunistas; uma proteção mais forte pode facilitar o desenvolvimento de mercados de tecnologia, permitindo ganhos de especialização⁹.

No plano da discussão conceitual/teórica, Teece (1986) fornece um quadro analítico-conceitual que permite melhor entender o papel da propriedade intelectual na determinação de quem lucra com a inovação e, por consequência, o efeito da proteção jurídica no poder de mercado buscado pelos agentes inovadores. A possibilidade de o inovador se apropriar da maior parte dos ganhos decorrentes de uma inovação, *vis-à-vis* imitadores, concorrentes e demandantes, depende principalmente de três fatores: o regime de apropriabilidade, o estágio do *design* dominante e o acesso a ativos complementares.

Regime de apropriabilidade compõe-se de dois elementos: a natureza da tecnologia (o grau em que os conhecimentos envolvidos numa inovação são tácitos ou codificáveis) e

⁹ Uma análise de dados de patentes europeias investigou os diferentes usos que as firmas fazem de suas patentes – ou seja, a razão pela qual algumas são exploradas comercialmente, outras licenciadas e outras não são nem sequer utilizadas –, concluindo que o fator de maior peso explicativo é o tamanho da firma: as pequenas licenciam uma parcela relativamente maior de suas patentes, enquanto as grandes firmas mantêm uma significativa parte das suas sem utilização. Os dados mostram, ainda, que é nas áreas de tecnologia química e farmacêutica que se encontra o maior percentual de patentes não utilizadas, sendo grande parte delas usadas para bloquear competidores (GIURI *et al.*, 2007:1.118). A literatura também sugere que firmas com limitados ativos *downstream* tendem a explorar suas invenções por transferência de tecnologia, estratégia que é facilitada por um sistema de proteção patentária eficaz. V. ARORA *et al.* (2005).

a eficácia da proteção à propriedade intelectual (incluindo previsão normativa e *enforcement*)¹⁰. O regime pode ser mais “forte” (conhecimentos tácitos e/ou proteção legal eficaz) ou mais “fraco” (conhecimentos codificáveis e/ou ineficácia dos instrumentos legais).

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

Acesso do inovador a ativos complementares é o conjunto de ativos e capacitações requeridos para a exploração comercial de uma inovação. Se a firma inovadora não detiver o controle desses ativos, corre o risco de perder a maior parcela dos ganhos da inovação para concorrentes que eventualmente os detenham. Se os ativos forem especializados, pode haver custos de transação para acesso a mercados, o que justifica a busca de soluções para minimizar esses custos: contratos, integração vertical, alianças estratégicas etc.

A combinação de regime de apropriabilidade e controle de ativos complementares, indica, segundo Teece, as melhores alternativas estratégicas para as firmas envolvidas – contratar ou integrar. Num regime de apropriabilidade *forte*, a firma inovadora pode se especializar sem se preocupar tanto com ativos complementares, e *vice-versa*.

O detentor de uma patente pode usar essa tecnologia no seu processo produtivo. Nesse caso, a empresa produtora se beneficia por dispor de uma inovação cujo acesso não é, em princípio, disponível para seus concorrentes. Isso se traduz em poder de mercado cujo uso é, no entanto, lícito – este é um exemplo de um monopólio legal, protegido pela lei e que gera, por seus efeitos dinâmicos, benefícios para os consumidores.

¹⁰ No sistema jurídico brasileiro, por exemplo, a eficácia da proteção pode ser verificada não apenas na aplicação de dispositivos da Lei de Propriedade Intelectual referentes à concessão da patente, mas também aos mecanismos de natureza processual que possibilitam a defesa efetiva dos direitos em casos de conflitos, inclusive com medidas liminares para prevenir danos irreparáveis (art. 209, § 1º da LPI e art. 300 do Código de Processo Civil)

O licenciamento da patente é uma forma de o seu titular dela se beneficiar. 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 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 que se especializam em P&D, quanto das que se baseiam na compra de tecnologia. No primeiro caso (das especializadas em P&D), 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 fatores elencados acima configuram as possibilidades de as patentes desempenharem o papel de principal meio de apropriabilidade em alguns setores (ou em alguns casos) e não outros. Quando isso acontece, é também provável que a patente seja um elemento relevante para a criação ou reforço do poder de mercado de seu titular. **Daí a necessidade de análise caso a caso: é de uma combinação desses fatores que resultam efeitos – variáveis – sobre o poder de mercado de titulares de direitos patentários. Ou seja, patentes podem gerar poder de mercado. Contudo, o uso dessa vantagem competitiva é legalmente protegido, uma vez que seus resultados produzem efeitos de bem-estar para os consumidores e geram, sob o ponto de vista econômico, ganhos para a sociedade como um todo.**

Uma síntese desses elementos, apresentada no Quadro a seguir, pode servir de referência para se analisar a importância de uma patente como meio de apropriabilidade, e por consequência, indicar se dela pode decorrer a criação ou reforço do poder de mercado dos titulares do direito.

QUADRO I - Fatores que afetam o grau de eficácia possível da patente como meio de apropriabilidade

			Apropriabilidade*
Natureza da tecnologia	Fatores que afetam custos e tempo <i>relativos</i> de imitação	Facilidade de imitação (uma vez conhecido os resultados de P&D) e replicação da inovação na ausência de proteção patentária	1
		Maior participação de conhecimentos codificados na inovação (<i>vis-à-vis</i> conhecimentos tácitos)	1
		Maior facilidade de contorno da patente (<i>inventing around</i>)	0
	Fatores que afetam a “vida útil” dos direitos	Maior facilidade (e velocidade) de incremento, superação ou substituição por tecnologia rival (e taxa de obsolescência das tecnologias estabelecidas)	0
		Patente de tecnologia definida como <i>standard</i>	1
	Regime de apropriabilidade	Maior eficácia relativa de estratégias alternativas de apropriabilidade (segredo, <i>lead-time</i> etc.)	0
Características do mercado	formas de concorrência (e tipos de inovação)	Preponderância de inovações em produtos <i>vis-à-vis</i> inovações em processos	1
		Capacitação tecnológica dos concorrentes igual ou maior à do inovador	1
	características das firmas concorrentes, efetivas ou potenciais	Inovador não tem acesso aos ativos complementares	1
		Inovador tem acesso a ativos complementares (especializados ou co-especializados)	0

* Foram atribuídos valores de 1 ou 0 conforme o seguinte: **(1)** indica que uma patente tende a ser um meio de apropriabilidade relevante para seu titular (inovador); **(0)** indica que a patente não desempenha um papel relevante como meio eficaz de apropriabilidade, do ponto de vista do inovador. (0) e (1) devem ser tomados como situações polares que admitem um contínuo de situações intermediárias.

Fonte: adaptado a partir de Mello (2009) e Tebechrani Neto (2010)

Os efeitos das patentes são intrinsecamente ambíguos – incentivam as inovações por serem um meio de apropriabilidade¹¹, mas geram direitos de excluir terceiros, ainda que temporários. O primeiro efeito decorre das expectativas de proteção; o segundo, da proteção efetivamente obtida em determinado caso. São, portanto, além de ambíguos, inseparáveis – **incentiva inovação porque, ao permitir exercício de poder de mercado para seu detentor, permite que esse remunere seu investimento. Esse é um monopólio legal, visto na literatura como um direito que possibilita restringir o uso da inovação por terceiros (apropriabilidade) e se justifica-se apenas pelo efeito líquido de dois processos opostos: o benefício produzido pela inovação e o custo para a sociedade decorrente da restrição a difusão da inovação e a restrição da concorrência.**

Entretanto, diferentemente do que se passa no âmbito antitruste, quando na avaliação de um ato de concentração é possível contrapor os efeitos negativos da redução da concorrência com os efeitos positivos do aumento da eficiência - tais efeitos não são diretamente comparáveis. Os efeitos positivos do sistema patentário – o incentivo à inovação – ocorre no plano macro e só pode ser detectado por métodos de avaliação de impacto¹². Os efeitos restritivos, contudo, ocorrem no plano microeconômico, em cada caso, podendo ser detectados pelos métodos de análise antitruste, num mercado relevante; mas não seria possível, em um caso específico, saber se aquela determinada inovação

¹¹ 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 entanto, a apropriabilidade é o cerne da questão (no sentido de que a decisão de investimento privado em inovação é tomada em função das condições de apropriabilidade). No caso de SEPs, um efeito benéfico é facilitar a difusão de uma norma técnica privada (*standard*).

¹² Seria necessário verificar se, num dado setor, a existência de um sistema patentário provoca aumento da atividade inovativa, comparativamente a um ambiente sem proteção a patentes. Tal efeito de incentivo à inovação seria, assim, uma qualidade do todo, não comparável com os efeitos restritivos provocados por uma patente em particular, num determinado mercado relevante. O estudo da OCDE (2025. P.10) lista os seguintes benefícios da concorrência no nível macroeconômico: crescimento da produtividade, inovação e geração de emprego.

teria sido decorrente da expectativa de proteção patentária – se aquela inovação não teria existido se não houvesse proteção.

Uma aproximação razoável dos efeitos de incentivo, contudo, poderia focar na importância da patente como meio de apropriabilidade em determinado caso: boas condições de apropriabilidade constituem um ambiente, em princípio, favorável à atividade inovativa. **O uso do poder de mercado derivado pela patente apenas com o fim de reduzir a concorrência e/ou criando obstáculos à que outras empresas inovem e concorram com a detentora da patente é, em princípio, anticompetitiva. Portanto, a relação do direito concorrencial com a Propriedade Intelectual, em especial no caso da patente, depende da aplicação do princípio da razoabilidade na análise de mercados e situações concretas. Ou seja, o uso abusivo do direito de patente é uma situação de exceção, que depende de demonstração da forma com que o poder de mercado da detentora da patente está sendo usado em um determinado mercado relevante.**

Enquanto os diversos trabalhos empíricos citados acima tinham por foco avaliar o uso das patentes como meio de apropriabilidade, estudos mais recentes (pós 2000) identificaram que as patentes passam a ser utilizadas cada vez mais em estratégias não diretamente ligadas à proteção da exclusividade de uso de uma tecnologia, i.e., não relacionadas à apropriabilidade (Mello & Silva, 2023).

A questão “*por que as empresas patenteiam*” já havia sido colocada na pesquisa de Cohen et al. (2000), a partir de uma lista de motivos para o patenteamento: (i) impedir a imitação; (ii) bloquear a publicação de patentes por empresas rivais, (iii) obter royalties e outras rendas de licenciamento, (iv) prevenir-se contra litígios, (v) melhorar poder de barganha com titulares de patentes similares e (vi) melhorar reputação da equipe de P&D ou da empresa frente a avaliação de seus ativos. Os resultados da pesquisa indicaram que “... *além da prevenção da imitação, os principais motivos para o patenteamento incluem o bloqueio de patenteamento de invenções correlatas por rivais*¹³, o uso de patentes em

¹³ O patenteamento com objetivo de *bloqueio* tenta impedir a entrada de terceiros em todo o campo de exploração tecnológica dominado pela empresa. Protege-se, assim, não uma inovação específica, mas todo

negociações e a prevenção contra litígios judiciais. Ademais, as firmas normalmente patenteiam por motivos diferentes conforme tipo de tecnologia dominante: se discreta (ex., fármacos) ou cumulativa/complexa (ex. semicondutores); nos casos de tecnologias discretas, predomina o uso de patentes para bloquear o desenvolvimento de produtos substitutos por firmas rivais, enquanto que firmas que usam tecnologias complexas patenteiam para negociar com rivais”. (Mello e Silva, 2023:162). Os motivos também podem se relacionar com a fragmentação do mercado de tecnologia¹⁴ (Ziedonis, 2004)O aumento da propensão à obtenção de patentes decorre não apenas de fatores setoriais, tecnológicos e organizacionais específicos, mas também da expansão das alternativas jurídicas disponíveis para patentear (Hall e Ziedonis, 2001).

Em suma, **esse movimento parece indicar que, num ambiente de DPIs ampliados e reforçados, o patenteamento para além de sua função de apropriabilidade, pode, em algumas situações específicas, resvalar para práticas anticoncorreciais.** Neste contexto, é importante destacar que para justificar a aplicação da legislação de defesa da concorrência, faz-se necessário, previamente, demonstrar um abuso de poder de mercado no licenciamento de SEPs, o que exige a comprovação de um “dano concorrecial” – e não um mero conflito privado. Esta última questão será discutida na seção 3.

2.2 SEPs e SSOs

As *Standard Setting Organization* são associações empresariais (normalmente de empresas industriais e empresas de tecnologia) de autorregulação de normas técnicas

um leque de oportunidades tecnológicas. O bloqueio pode se caracterizar como uma conduta defensiva (evitar que outros agentes obtenham direitos próximos às tecnologias exploradas pela empresa) ou ofensiva (assegurar direitos sobre um campo tecnológico em que a empresa pode atuar). Há pesquisa empírica em que se constata um percentual significativo de inventores que apontam o bloqueio como motivo para patentear mais relevante do que o uso protetivo ou comercial (TORRISI *et al.*, 2016).

¹⁴ Que envolvem tecnologias complementares que podem ser fragmentadas em grande número de patentes. Essas características podem impelir as empresas ao patenteamento, não para impedir imitações, mas para se proteger de contestações judiciais (Mello e Silva, 2023).

privadas (*standards*)¹⁵. Essas organizações permitem que as empresas industriais e inovadores coordenem-se para o uso de uma solução técnica que seja considerada desejável para o grupo e consistente com o avanço tecnológico. Essas organizações criam normas técnicas privadas usadas pelas indústrias, reúnem especialistas das empresas para definir especificações comuns, publicam normas – que podem ser 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 transação¹⁶.

A padronização tecnológica vem aumentando de importância nas últimas décadas, principalmente (mas não exclusivamente) pelo crescimento acelerado nas indústrias de *ICT (Information and Communication Technologies)* que têm entre suas principais características efeitos de rede. Nessas indústrias e em muitos mercados digitais, a padronização tecnológica reduz incerteza, facilita interoperabilidade, abre oportunidades de investimento e reduz o custo de inovação. (Fiedler et al., 2023) Nesse sentido, o papel das SSOs em coordenar a padronização tecnológica, especialmente em indústria com efeitos de rede, vem sendo de grande relevância para as condições de inovação e, indiretamente, igualmente relevantes para o ambiente concorrencial em que essas indústrias operam¹⁷.

Normas técnicas privadas (*standards*) são especificações técnicas ou qualidades que devem ser atendidas por produtos, processos de produção ou serviços. (Larouche & Overwalle, 2014). *Standards* podem ser caracterizados como *de facto* ou *de jure*. Os

¹⁵ Como exemplo de SSO temos: (i) ISO (International Organization for *Standardization*) – *standards* internacionais em diversas áreas; (ii) IEEE (Institute of Electrical and Electronics Engineers) – *standards* em engenharia elétrica e computação; (iii) W3C (World Wide Web Consortium) – *standards* para a web; e (iv) ETSI (European Telecommunications *Standards* Institute) – *standards* de telecomunicações na Europa.

¹⁶ 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). Não cabe aqui tratar de questões sobre antitruste de SSO em detalhe, mas alguns pontos estão em Tsai e Wright (2015).

¹⁷ A padronização coordenada pelas SSOs gera ganhos relevantes para os usuários, pois estes se eximem de incorrer no risco e nos custos de investir uma tecnologia que pode acabar não sendo aceita como *standard*, bem como garante que todos os produtos finais serão compatíveis com o *standard* fixado.

standards informais (de facto) são aqueles que são reconhecidos pelo seu uso generalizado, embora não tenha sido oficialmente reconhecido por uma SSO – eles são o resultado de uma prática sancionada pelo mercado e aceita pelos produtores e consumidores.

Um exemplo de um *standard* informal, embora de baixa tecnologia é o uso generalizado no Brasil de garrafas de cerveja retornáveis de 600 ml. Estas garrafas vinham sendo usadas por décadas como um *standard informal* que reduzia o custo de manter estoque de garrafas de diversas marcas. Quando a Ambev, que tinha elevada participação de mercado, decidiu lançar, em 2008, uma garrafa de 630 ml, rompendo com a decisão de receber garrafas de vidro padronizadas, a SDE – Secretaria de Direito Econômico entrou com um pedido de medida preventiva junto ao CADE para suspender a prática. A decisão da Ambev de romper unilateralmente o acordo tácito de receber garrafas de cerveja de 600 ml, independente da origem, foi entendido como uma forma de aumentar o custo dos rivais. O CADE, então, analisou o caso e determinou que a Ambev interrompesse a venda das garrafas de 630 ml. Esse caso foi resolvido definitivamente com um TCC em 2010.

Standards formais (*de Jure*) são desenvolvidos, negociados e ratificados por uma SSO reconhecido ou por uma autoridade governamental. Esses *standards* foram desenvolvidos em diversas áreas e, em alguns casos, são orientações de procedimentos e, em outros, são regulações obrigatórias. Por exemplo, a eficiência energética dos aparelhos de ar-condicionado está sujeita a regras. Mais recentemente, o Ministério de Minas e Energia (MME) publicou a Resolução nº1/ 2022, que aprovou um novo **Programa de Metas para Condicionadores de Ar**, estabelecendo novos índices mínimos de eficiência energética para os aparelhos de ar-condicionado do Brasil. A resolução adota metodologia, baseada na norma ISO 16358-1, que permite um maior número de ensaios, em diferentes configurações de operação. A adoção dessa norma permite a diferenciação dos equipamentos que utilizam a tecnologia de rotação variável – os equipamentos *inverter* – que chegam a consumir 30% menos que equipamentos de rotação fixa, que é a tecnologia mais comum no mercado. Por outro lado, havia um amplo espaço de escolha de tecnologia pelas empresas de ar-condicionado, mas a eficiência dos aparelhos era divulgada para os consumidores pelo Inmetro através do Programa Brasileiro de Etiquetagem (PBE), que utiliza uma etiqueta para classificar os aparelhos de acordo com sua eficiência energética,

de A (mais eficiente) a F (menos eficiente). Essa etiqueta indica o consumo de energia do aparelho ao longo do ano, considerando o hábito de consumo no Brasil, e leva em conta a tecnologia do compressor (inverter ou não). Portanto, os *standards* formais podem ser compulsórios, como as regras estabelecidas pelo Ministério de Minas e Energia ou voluntários (embora divulgados para o público pelo IMETRO), como no Programa Brasileiro de Etiquetagem.

Standards foram, ao longo do tempo, desenvolvidos para várias áreas – desde atividades industriais, de construção civil e de serviços, inclusive financeiros. Mas, é na indústria de Tecnologia de Informação, Comunicações e Produtos Eletrônicos de consumo (como aparelhos celulares, Smart TVs, Tablets etc.) que os *standards* geram grandes efeitos de rede, permitindo a comunicação dos aparelhos e interoperabilidade. Embora essa padronização tenha gerado grandes benefícios tanto para a indústria, como para o ambiente de inovação e para os consumidores, também se verificam questões para a legislação de propriedade intelectual e para a legislação de defesa da concorrência.

Entre essas situações – surgidas no contexto da ascensão das SEPs estabelecidas por SSOs – encontram-se as seguintes:

- (i) práticas enganosas (*deceptive practices*, como a “*patent ambush*”), quando um membro de uma SSO retém informações, durante a participação no desenvolvimento e definição de um *standard*, sobre uma patente que o membro ou a empresa do membro possui ou pretende registrar, que é relevante para o *standard* e, posteriormente, a empresa afirma que uma patente é violada pelo uso do *standard* conforme adotado – práticas muitas vezes associadas ao *Sham Litigation*;
- (ii) disputas associadas ao licenciamento (patente *hold up*), quando o titular da patente beneficia-se 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* - a prática oposta da anterior, quando a empresa que usa a tecnologia evita ou resiste a pagar licenças de SEPs, mesmo sabendo que está infringindo

os direitos de PI. 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*) - Uma teia densa de direitos de propriedade intelectual sobrepostos que uma empresa precisa atravessar para comercializar uma nova tecnologia.¹⁸

A necessidade de padronização da indústria da ICT, garantindo a interoperabilidade entre os produtos dos diversos fabricantes, levou na década de 1980, a que as *Standard Developing Organizations* (SDOs) atuassem no sentido de desenvolver as condições técnicas e os *standards* para viabilização dessa integração tecnológica. Nesse tema, a União Europeia saiu na frente, com a sua preocupação de transformar os mercados nacionais dos países europeus em um verdadeiro mercado comum integrado não apenas na produção e consumo, mas também na tecnologia. Nesse contexto, o ETSI (Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações), uma das principais SDOs, passou a exigir que empresas declarassem quais de suas patentes eram essenciais para os *standards* técnicos desenvolvidos. Em outras palavras, o propósito histórico da União Europeia de unificar os mercados nacionais — cada um com seus próprios *standards* tecnológicos — tornou essencial a superação das divergências entre os países, assegurando que os Estados membros adotassem *standards* comunitários, que seriam compatíveis com as melhores práticas existentes em cada nação¹⁹.

Mesmo na ausência de *standards*, há continua tensão entre os desenvolvedores de tecnologia e inovadores que buscam retorno aos seus investimentos de R& D, de um lado, e os usuário das tecnologias que buscam reduzir seus custos, de outro. Contudo, essa

¹⁸ 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 SEPs pode ser, em princípio, uma boa solução, pois o implementador não precisa procurar cada um dos inventores e negociar individualmente. Pode, por outro lado, resultar em um comportamento abusivo: a inclusão de patentes desnecessárias no *pool*, apenas para aumentar o preço da licença. Em geral, a literatura aponta que *pools* de patentes complementares não geram grandes preocupações concorrenciais (diferentemente de *pools* de patentes de tecnologias substitutas).

¹⁹ Esse processo é descrito em detalhes em Larouche & Overwalle, 2014

tensão é agravada quando são estabelecidos *standards* que envolvem patentes, já que isso leva a criação de um monopólio de uma tecnologia proprietária.²⁰ O interesse dos detentores de patentes é, nesse caso, frequentemente oposto ao dos usuários dessa tecnologia. Patentes são um tipo de direito desenhado para uso privado, enquanto *standards* são práticas que se refere a uso coletivo de uma tecnologia. É sempre possível vislumbrar *standards* alternativos para qualquer tecnologia, quando um *standard* é determinado, várias 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. Mas, no caso, há perdedores e vencedores entre as empresas que desenvolvem a tecnologia e, reciprocamente, é sempre possível aumentar os ganhos dos detentores das SEPs pela imposição de preços elevados de licenciamento dos usuários da tecnologia.

O enfrentamento do problema do incentivo a preços elevados de licenciamento de SEPs, ou mesmo a exclusão de concorrentes potenciais do acesso a patentes que lhes permitiriam atender aos *standards* exigidos para continuar operando, está na base da adoção do compromisso FRAND – *Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory*: a obrigação de licenciar as SEPs em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (o que pode ser entendido como uma “troca” pela declaração de essencialidade.. Tais obrigações foram formuladas intencionalmente de maneira vaga para evitar, principalmente nos EUA, acusações de fixação de preços²¹, e garantir a disseminação da tecnologia

As SSO são grupos privados compostos frequentemente por vários concorrentes atuais ou potenciais, com relações verticais ou horizontais entre si, muitas vezes atuando no mesmo mercado (ou em mercados relacionados) ou em uma única indústria. Esses concorrentes colaboram voluntariamente para estabelecer especificações tecnológicas para determinados produtos e serviços.²²

²⁰ Seguimos nesse parágrafo a interpretação de Larouche & Overwalle, 2014.

²¹ Ver sobre essa questão o interessante artigo de Curran, 2003.

²² Segundo Curran 2003, em um período tão distante como 1987, já havia mais de quatrocentas SSOs nos EUA que já tinham elaborado cerca de trinta mil normas voluntárias.

Quando firmas colaboraram para produzir *standards*, esses podem ser desenhados em duas formas: *standards* abertos, que não são controlados por nenhum dos participantes e podem ser adotados livremente por todas as firmas que atuam no mercado; e *standards* proprietários que dependem do uso de tecnologias ou processos patenteados que só podem ser usados com permissão ou cessão dos proprietários dos direitos patentários. Embora os *standards* abertos sejam mais desejáveis sob o ponto de vista concorrencial, pois permitem o acesso ao mercado sem limites, em muitos casos os *standards* proprietários são soluções mais avançadas tecnologicamente, embutindo avanços de P&D em área de fronteira do conhecimento.

A adoção do compromisso FRAND é uma forma de compatibilizar *standards* 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”. Desses três, o menos controverso é o “não discriminatório”, mas os conceitos de preço justo e condições razoáveis são conceitos jurídicos indeterminados²³, 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).

Note-se ainda que o compromisso FRAND serviria, em tese, para reequilibrar os poderes de negociação entre titulares de SEPs e usuários da tecnologia patentada. Contudo, ainda que tenham a obrigação de licenciar, os titulares não perdem o poder de impedir o uso de tecnologia por não licenciados, podendo se valer dos meios tradicionais de defesa dos direitos de propriedade intelectual em processo judicial, inclusive com recurso a medidas liminares de tutela antecipada.²⁴

²³ No sentido definido por Tércio Sampaio Ferraz (1995)

²⁴ Se os detentores de SEPs não puderem usar esses meios de defesa, haveria um desbalanceamento nos poderes de barganha nas negociações, na medida em que se poderia estimular um comportamento

2.3 Contratos Incompletos e Licenciamento FRAND

A noção de contratos incompletos tem sido utilizada na discussão recente sobre SEPs (Carlton e Shampine, 2013; Shapiro e Lemley, 2022), permitindo a utilização das ferramentas 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. Como argumenta Williamson (1985), a incompletude dos contratos decorre diretamente do fato dos agentes econômicos decidirem e agirem em condições de “racionalidade limitada”, caracterizadas pela presença de (i) limites cognitivos, que implicam uma capacidade limitada de coletar, processar e interpretar informações; (ii) a complexidade dos problemas decisório, que podem envolver relações causais e regularidades difíceis de serem discernidas; e (iii) incerteza em relação a eventos exógenos²⁵. Deste modo, 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, na forma de ações que resultam em um "desvendamento incompleto ou distorcido de informações, especialmente [quando associado] a esforços calculados para enganar, deturpar, disfarçar, ofuscar, ou de alguma outra forma confundir" (Williamson, 1985, p. 47), impede que a incompletude seja remediada por compromissos genéricos de, frente a eventos imprevistos, adaptar os termos contratuais de forma a manter a distribuição inicial de perdas e ganhos entre os contratantes. Na presença do oportunismo, contratos incompletos geram oportunidades para que, quando da ocorrência de situações

oportunista por parte do implementador (seria possível a este continuar usando a tecnologia SEP sem pagamento de royalties, gozando de vantagens de custo sobre rivais licenciados que pagam os royalties).

²⁵ Observe-se que a incompletude dos contratos é uma noção geral da Teoria dos Custos de Transação que atinge todos os contratos (em diferentes graus); não é uma decorrência específica do licenciamento de patentes, nem da presença de SEPs.

imprevistas e lacunas contratuais, uma das partes do contrato tente realizar ganhos às custas da outra, o que abre oportunidades de barganhas espúrias e conflitos custosos. 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.

Assim, o problema da organização econômica pode ser formulado como a busca de mecanismos de governança (instituições) que, nas condições específicas de cada conjunto de transações, tenham os atributos necessários para proporcionar uma minimização dos custos de transação envolvidos. Se as transações econômicas não apresentam custos de saída, ou seja, se contratos podem ser repactuados e/ou partes podem ser substituídas sem que isso implique custos adicionais ou perdas em investimentos previamente realizados, os mercados competitivos podem proporcionar mecanismos de governança notavelmente eficiente. Neste caso, conflitos contratuais podem ser resolvidos utilizando como referências as transações correntes realizadas nos mercados, ou as partes podem optar por buscar novos contratos com ofertantes ou demandantes alternativos.

No entanto, em muitas transações a competição *ex-ante* que caracteriza a negociação inicial do contrato não se verifica *ex-post*, durante a vigência do contrato e nos momentos de necessidade de ajuste dos termos contratuais a novas circunstâncias. Esta “transformação fundamental” (Williamson, 1985, p. 64) é o resultado do investimento em ativos específicos – “ativos especializados [que] não podem ser reempregados sem sacrifício do seu valor produtivo se contratos tiverem que ser interrompidos ou encerrados prematuramente” (p. 54). A preservação da relação contratual ganha, assim, um valor econômico, o que reduz drasticamente a eficácia dos mercados enquanto mecanismo de governança e mitigação de conflitos contratuais. A minimização de custos de transação vai exigir uma outra gama arranjos institucionais, sejam estes de natureza privada, como a integração vertical, contratos relacionais e contratos sujeitos a arbitragem, sejam os que envolvem intervenção do poder público.

No caso do licenciamento de SEPs, 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

decorrentes²⁶. Deste 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 *standard* em uma indústria envolva, *ex-ante* uma possível competição entre alternativas, a presença de externalidades de rede faz com que a adoção de um *standard* seja dificilmente reversível. Uma vez que a adoção do *standard* torna ineficiente o uso de tecnologias alternativas, a padronização faz com que os competidores sejam compelidos a adquirir licença de patentes, que podem inclusive 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 *standard*, acordando com o detentor da patente o seu licenciamento em condições 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 incorridos no desenvolvimento da inovação, e, de outro, a disponibilização do *standard* para todos garante aos licenciados que o acesso a esta 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

²⁶ Vale então enfatizar que a necessidade do compromisso FRAND não é um desdobramento meramente da incompletude contratual – que, ademais, também caracteriza os contratos de licenciamento de tecnologia de patentes não essenciais. É a presença simultânea de *lock in* que torna necessário o compromisso FRAND como uma forma de mitigar conflitos e ineficiências contratuais.

contratuais, nos quais estratégias de *hold-up* e *hold-out* produzem custos de transação significativos²⁷.

(iii) Como a aplicação bem coordenada de condições FRAND não está garantida pelo compromisso inicial estabelecido entre a SSO e o detentor da patente, surge a necessidade de desenvolver mecanismos de governança que sejam funcionais na 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 (e.g. recurso à intervenção do judiciário)²⁸.

Kühn, Morton e Shelanski (2013) defendem uma forma de ordenamento privado para reduzir os conflitos contratuais entre licenciadores e licenciados de SEPs, baseado em uma atuação mais rígida das SSOs. Entre as sugestões oferecidas estão (i) o incentivo a uma negociação *ex-ante* dos termos de licenças, antes do estabelecimento da norma técnica privada (*standard*) que torna a patente uma SEP²⁹, (ii) o fortalecimento da definição dos compromissos FRAND, especificando com mais clareza e objetividade as condições que devem ser atendidas, de forma a reduzindo incertezas e ambiguidades que

²⁷ É difícil definir a remuneração da tecnologia *ex ante*, pois o benefício gerado pela tecnologia patentada ainda não é inteiramente conhecido, e só o será após a entrada do produto/serviço (com a tecnologia essencial) no mercado.

²⁸ A consideração do papel a ser desempenhado pelo Estado na governança das transações entre agentes privados é um tema controverso, envolvendo discussões que não fazem parte do escopo deste trabalho – como, por exemplo, quais as condições que garantem que as negociações privadas formem preços de forma eficiente, ou quais as possíveis distorções de uma fixação de preços através de procedimentos regulatórios. Além disso, vale notar que uma avaliação dos possíveis mecanismos de governança que seriam necessários exigiria uma avaliação empírica da efetiva frequência de conflitos contratuais que não são eficazmente solucionados pela negociação entre as partes envolvidas. No entanto, o foco do nosso estudo se limita ao eventual papel da política de defesa da concorrência em casos envolvendo conflitos contratuais no licenciamento de SEPs em condições FRAND.

²⁹ Os autores não aprofundam como isso seria feito, mas parece razoável assumir que, em muitos casos, essa fixação *ex ante* pode não ser factível, especialmente se houver muita heterogeneidade entre as várias partes envolvidas, exigindo negociações caso a caso.

geram litígios e custos de negociação, e (iii) desenvolvimento e utilização de métodos alternativos de resolução de disputas (como arbitragem e mediação) dentro do escopo das SSOs. O grande desafio dessa proposta é a compatibilização entre um grau razoável de liberdade de negociação dos contratos com os custos de transação e a perda de bem-estar pela sociedade do abuso do monopólio decorrente da propriedade de SEPs.

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 avaliação comparativa das vantagens e desvantagens de mecanismos privados e públicos que é complexa, 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 SEPs. O recurso à intervenção antitruste certamente não é suficiente para resolver todos os problemas levantados nos parágrafos anteriores. Mas, a ação das autoridades de Defesa da Concorrência pode minimizar alguns dos problemas decorrentes dos abusos de poder econômico derivados do arranjo institucional que permite a padronização produtiva através de SEPs³⁰. Ou seja, quando os conflitos contratuais envolvidos apresentam características que configuram condutas anticompetitivas e justificam sua repressão pelos instrumentos legais cabíveis, a intervenção das autoridades de defesa da concorrência pode contribuir para reduzir a incerteza inerente incompletude dos contratos. 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.

³⁰ Evidentemente, a atuação da política de defesa da concorrência neste contexto não pressupõe que deva haver um escrutínio da autoridade antitruste sobre todo e qualquer licenciamento de SEPs em condições FRAND. Na maioria dos casos a negociação entre os agentes privados tem sido capaz de garantir a implementação das condições FRAND de forma razoavelmente eficaz. Uma possível intervenção da política de defesa da concorrência apenas se justificaria naqueles casos específicos nos quais não só existe um conflito contratual, mas também há evidência de que condutas oportunistas estão efetivamente gerando um dano concorrencial concreto.

Uma **primeira forma** pela qual isso pode ocorrer está na presença de condutas exclusionárias, caso da criação de dificuldades no licenciamento de uma SEP 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. Em ambos os casos, as autoridades antitruste dispõem dos dispositivos legais, bem como das ferramentas analíticas e procedimentos necessários para avaliar e dimensionar eventuais danos concorrenciais, como será discutido mais adiante.

Uma **terceira possibilidade** estaria na caracterização de condutas exploratórias, nas quais o efeito antitruste é o de abuso de poder de mercado por parte de uma empresa em relação a consumidores, em geral através da fixação de um preço considerado “excessivo” ou “abusivo” – no caso das patentes, a abusividade estaria na fixação dos royalties. Porém, trata-se de um tipo de conduta cuja associação a um dano concorrencial é reconhecidamente controversa. No Brasil, ao longo das décadas de 1990 e 2000, o CADE foi consolidando jurisprudência em que o foco de sua atuação passou a ser a repressão a condutas exclusionárias, limitando a repressão às condutas exploratórias àqueles casos nos quais tais condutas são reflexo de alguma prática exclusionária subjacente (e.g. a detenção de entrada), que viabilizaria o uso abusivo do poder de mercado na fixação do preço. O fato é que, no texto da Lei 12.529/2011, os “preços abusivos” deixam de listar como ilícito no rol de práticas do art. 36, § 3º (Ribeiro e Mattos, 2018), limitando a possibilidade de a intervenção antitruste efetuar algum tipo de regulação de preços. No caso da fixação dos royalties de SEPs, uma intervenção para coibir condutas exploratórias poderia significar, na prática, que a autoridade antitruste iria definir a divisão e apropriação de margens ao longo da cadeia produtiva.

2.4 Efeitos do Licenciamento FRAND sobre a concorrência (procompetitivos)

Um caminho para expansão do alcance de inovação construído ao longo do tempo é a possibilidade de produtores de tecnologia licenciarem suas inovações, através de patentes, para fabricantes que empregam as patentes em produtos complexos. Este licenciamento se dá através de um contrato de licenciamento. Como toda relação contratual, o contrato de licenciamento é conhecido por ser considerado incompleto, devido a informação assimétrica, racionalidade limitada e oportunismo, apresentando custos de transação. No caso das condições FRAND, que definem parâmetros para a negociação destes contratos, a incompletude se apresenta no compromisso *ex-ante* de licenciar de forma justa, razoável e não discriminatória, pois é impossível estabelecer exatamente como cada uma destas condições deve ser determinada *ex-post*, no âmbito das negociações que definirão o conteúdo específico de cada contrato de licenciamento.

A impossibilidade econômica de antecipação de todos estados da natureza que afetam valor do bem ou serviço transacionado deixam o contrato aberto para resolução em momento futuro. Esta abertura pode levar a comportamento oportunistas, ou seja, a tentativa de redistribuição do valor criado pela transação para além das expectativas pelas partes na assinatura do contrato. A literatura aponta dimensões relevantes para entender os incentivos para renegociação unilateral do contrato após sua implementação: (i) custo de rompimento do contrato e uso alternativo dos recursos comprometidos no contrato (custos afundados) por cada parte; (ii) informação assimétrica, incluindo mensuração de ações, efeitos e sua origem (dolo); (ii) capacidade de resolução de disputas por terceiros de forma rápida e efetiva (mensuração e penalização).

Quanto maior o custo de sair do contrato de uma parte ou quanto mais caro provar a violação do contrato por uma parte, maior o incentivo para negar e/ou renegociar termos do contrato, com mudança de poder de barganha entre partes. A mitigação destes incentivos negativos para os negócios envolve: (i) melhorar capacidade de resolução de disputas, com potencial redistribuição de direitos prevista *ex-ante*; (ii) mecanismos de

facilitação de mensuração de ações e efeitos; (iii) formas de pagamento do contrato ajustado (por unidade, antes ou depois, ou com uma tarifa em duas partes).

No caso de licenciamento de patentes, um dos lados, o licenciador detentor da patente poderia exigir uma renegociação dos valores de royalties (ou outra forma de remuneração) após o comprometimento de uso por parte de quem adquiriu a licença. O comprometimento pode ser, por exemplo, pela incorporação da patente em um produto complexo, otimizado para operar com outros componentes deste produto. Uma eventual troca da patente por outro conhecimento de concorrente levaria a atrasos ou custos significativos de produção, desincentivando a troca e modificando o balanço de poder barganha entre as partes. Compromissos como FRAND seriam uma tentativa de reduzir um excessivo poder de barganha de uma das partes nesta negociação, proporcionando parâmetros para uma negociação mais eficiente dos contratos de licenciamento.

Ao mesmo tempo, o intercâmbio de bens e serviços precisa de concordância em como fazê-lo, de forma descentralizada, com a emergência de normas técnicas privadas, ou seja, *standards*. Estes *standards* são mais importantes em contextos de mercados que precisam de interconexão entre produtos, como telefonia ou componentes de imagem e som. A interconexão aumenta a atratividade dos produtos (devido a externalidades de rede, como discutido por Varian, 2002).

Ao escolher oferecer uma patente como *standard* em uma SSO (*Standard Setting Organization*), o inovador sinaliza que busca uso amplo da patente por implementadores, comprometendo-se a contratos de licenciamento com royalties de característica FRAND. O uso amplo irá gerar receitas que compensam os custos incorridos no desenvolvimento da inovação.

Estes implementadores incorporam a tecnologia patenteada em seus produtos adaptando-os a este *standard*. A incorporação leva ao comprometimento com seu uso, sob risco de ter de mudar processo produtivo e/ou características de produto lançado no mercado, ou seja, incorrer altos custos, muitos afundados, o chamado lock-in da literatura de custos de transação.

Uma vez que a patente foi definida como *standard* e é declarada essencial, seu uso se torna de fato obrigatório pelos implementadores que utilizam a tecnologia em questão em seus produtos. Os incentivos mudam dada a nova situação de necessidade de uso por atuais e novos implementadores (em uma forma de externalidade de rede) e surge o risco do *hold-up* de patentes³¹. No contexto de contratos incompletos, a negociação dos termos do contrato de licenciamento envolve disputas acerca da distribuição da criação de valor entre as partes.

A possibilidade de *hold-up* por uma renegociação de contrato é agravado pois o valor do *royalty* muitas vezes pode não ser definido de forma efetiva antes da chegada do produto do implementador no mercado e a confirmação de sucesso do produto com o uso³². A incompletude do contrato quanto ao valor do *royalty* acaba gerando renegociações em que as forças de barganha podem mudar e gerar redistribuição de valor do licenciamento.

Do ponto de vista econômico, tal comportamento oportunista gera efeitos negativos pela destruição de oportunidades de negócios. Várias empresas produtoras que potencialmente poderiam utilizar a patente, antecipando que sofrem com o risco de ver seu planejamento de rentabilidade e viabilização de investimentos ir por água a baixo pelo comportamento oportunista de licenciador deixariam de ter interesse em incorporar o conhecimento da patente, levando ou a redução da oferta, por menor inovação de produtos, ou ao aumento de custos, pelo uso de patentes menos otimizadas para a tarefa em questão mas talvez mais seguras do ponto de vista de *hold up*.

Uma forma de mitigar as possibilidades de comportamento oportunista do lado dos licenciadores, ou seja, redução do *hold-up*, seria fixar *royalties ex-ante* nos contratos FRAND, mas usualmente isso não é factível, dado que não presentes informações completas para fazer um cálculo econômico dos benefícios gerados pelas tecnologias que

³¹ Os compromissos FRAND buscam, justamente, minimizar o risco do *hold up*.

³² Cabe notar que a negociação do contrato de licenciamento pode ocorrer antes ou depois do produto que utiliza a tecnologia ser lançado no mercado. Em tese, a tecnologia só poderia ser utilizada após a celebração do contrato de licenciamento, de modo que o *royalty* seria definido antes da chegada do produto ao mercado. Mas na prática as negociações podem se estender para além do momento do lançamento do produto.

ainda não foi utilizada. Por isso, o compromisso FRAND estabelece condições que devem balizar uma negociação futura, sem determinar o seu resultado precisamente. Observe-se que há um importante efeito sobre o ambiente concorrencial do comprometimento de um detentor de patente em licenciar sua inovação via contrato com características FRAND: esses licenciamentos aumentam a concorrência em mercados *downstream*, (isto é, de vendedores de produtos que utilizam a patente) uma vez que aumenta o incentivo para seu uso.. Ou seja, uma patente com licenciamento com características FRAND pode ser considerada pró-competitiva, reduzindo barreiras à entrada e favorecendo uma maior rivalidade dos mercados em que atuam os implementadores da tecnologia.

Essa solução também está alinhada com os termos contratuais estabelecidos com diferentes implementadores de modo não discriminatório (o ND de FRAND). Vale notar que a condição de não discriminação não implica que os valores dos royalties tenham que ser os mesmo para toso e qualquer licenciado, pois uma diferenciação dos preços (royalties) praticados pode se justificar pelas diferentes capacidades de pagamento e níveis de atratividade dos produtos para o licenciador, podendo trazer eficiência. Ou seja, a não discriminação não proíbe preços diferenciados, mas sim procura garantir que as diferenças nos preços não sejam arbitrárias e injustificadas, garantindo que essa diferenciação não cause desincentivos econômicos ou prejudique a concorrência, limitando seu alcance (Lerner e Tirole, 2015).

É importante lembrar que, na tradição antitruste, a discriminação de preços não é uma conduta anticompetitiva *per se*, podendo, em muitas situações, gerar ganhos de eficiência e ganhos de bem-estar para os consumidores. De acordo com Armstrong (2008), o possível dano concorrencial da discriminação está no risco de exclusão de concorrentes por meio de práticas que fecham mercados *downstream* ou *upstream*. Isso ocorre quando quem licencia uma patente também fabrica produtos baseados nela, podendo compensar a perda em *royalties* com aumento nas vendas dos próprios produtos. No mercado *downstream*, a discriminação de preço no licenciamento pode dificultar o acesso de outros inovadores com patentes de uso similar. Nesses casos, a diferenciação de preços reduz a concorrência e, em muitas jurisdições, é considerado ilícito devido à presença de efeitos exclusionários concretos.

No caso das SEPs, a concorrência entre inovadores se dá antes da fixação do *standard* pois, no momento posterior, quando da disseminação do *standard*, a patente definida como essencial se torna a única alternativa tecnológica viável para os licenciadores. **Neste contexto, o compromisso FRAND atua como uma solução institucional para garantir que a competição existente antes da fixação do *standard* tenha efeitos que se estendem para a etapa da disseminação. A competição entre os inovadores garante que a melhor tecnologia seja escolhida como o *standard* e o compromisso FRAND atua no sentido de fazer com que o detentor da SEP não explore a posição dominante que resulta desta escolha – 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 patenteadas³³, na medida em que:

- (i) ao estabelecer um *standard* 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 *standard* tecnológico seja objeto de práticas exclusionárias, que dificultem o acesso de competidores à tecnologia essencial;

³³ 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 SEPs;
- (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.

3 Licenciamento FRAND e Defesa da Concorrência

3.1 Hold-up e Hold-out de Patentes

Para discutir o uso anticompetitivo das SEPs, é necessário entender os incentivos de detentores da propriedade e de seus implementadores. Patentes com o status de SEP são reconhecidas como *standards* da indústria, de modo que tecnologias distintas, ainda que parecidas, não são viáveis comercialmente. A inviabilidade decorre dos efeitos de rede: quanto mais pessoas utilizam determinada tecnologia, os participantes da rede obtêm ganhos decorrentes do maior uso dessa mesma tecnologia.

O monopólio legal conferido por uma patente não é automaticamente equivalente a deter o poder de mercado em um mercado relevante. A propriedade intelectual impede que outros dupliquem uma tecnologia ou um produto protegido por esse direito, mas não impede que outros produtos ou tecnologia que possam exercer a mesma função sejam empregados. Como esclarece o estudo da OCDE (2025, p.14): “the power of IP rights is ‘boundary exclusion’, but only seldom ‘market exclusion’ ”.

No entanto, o detentor da SEP possui naturalmente grande poder de mercado, uma vez que sua propriedade intelectual está incluída em um *standard* reconhecido por uma SSO. Por essa razão, a propriedade de uma SEP está normalmente associada a capacidade de aumentar os preços do licenciamento tecnológico, o que eleva tanto o preço final ao consumidor quanto os custos de inovação relacionados à tecnologia patenteada (Melamed e Shapiro, 2018, p. 2116). Os autores também sustentam que a expectativa de lucros monopolistas após a obtenção da SEP pode incentivar estratégias de busca de renda (rent seeking) junto às SSOs. É justamente esse tipo de conduta que é coibida pelo

compromisso de licenciamento em condições FRAND, desestimulando assim o uso anticompetitivo das SEPs.

O poder de mercado usufruído pelo detentor de uma SEP está na base do processo conhecido como *hold-up* de patentes. Mas, se por um lado é possível que o detentor de patentes exerça seu poder de mercado quando há o *hold-up* de patentes, o contrário também é possível: o exercício de poder de mercado por parte do implementador quando há *hold-out* de patentes. Segundo Epstein e Noroozi (2017, p. 1384), há um *hold-out* de patentes quando 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.

O assunto demanda um olhar cuidadoso sobre ambos os cenários: a atuação anticompetitiva a partir do *hold-up* e *hold-out* de patentes. Contudo um assunto que precede este debate é a própria aplicabilidade da política de defesa da concorrência. Ainda que o risco de atitudes oportunistas possa ser considerada uma falha de mercado, não há consenso que o antitruste seja a solução ideal. O Procurador-Geral Adjunto responsável pela divisão antitruste do DoJ (Department of Justice, EUA) à época, Makan Delrahim, argumentou que compromissos sob condições FRAND são de responsabilidade do direito contratual, logo, são objeto de conflito privado e não da política antitruste (Delrahim, 2018). Indo além da literatura, pode-se adicionar uma observação: como qualquer conduta vertical, para que determinada prática realizada por detentor de SEP seja considerado anticompetitiva, este agente deveria ter o incentivo e a capacidade para usar sua patente de forma anticompetitiva³⁴.

No que tange o *hold-up*, uma judicialização excessiva seria responsável por gerar *hold-outs*, transferindo o foro de negociação para o judiciário. Indo além, Barnett (2017, p. 1344-1460) argumenta que esta prática não gera royalties excessivos ou redução da

³⁴ Há que se considerar, então, a efetiva lucratividade de uma estratégia de *hold up*, diante da possibilidade de que um menor uso da tecnologia afete o fluxo de recebimento de royalties ao longo do tempo.

inovação, logo a intervenção antitruste seria desnecessária³⁵. Trata-se de um tópico objeto de controvérsias, como mostra o artigo de Melamed e Shapiro (2018, p. 2117-2118), que questiona a metodologia dos trabalhos que chegam a esta conclusão. Já para o *hold-out* de patentes, Delrahim (2017, p. 3) entende que um *hold-out* coletivo³⁶ seria mais preocupante que *hold-up* – 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 vista também do inovador ao evitar a prática do *hold-out* e ao lhe garantir remuneração adequada. Por outro lado, Melamed e Shapiro (2018, p. 2120-2122) questionam tais posições, argumentando que não haveria *hold-out* coletivo.

Assim, tanto *hold-ups* quanto *hold-outs* podem ter efeitos negativos sobre o bem-estar e a necessidade de uma intervenção antitruste não é consensual. Sendo assim, é importante discutir em que situações específicas esta se faria necessária. Contudo, para se avançar no debate de condutas anticompetitivas ligadas às SEPs, deve-se fazer a distinção entre condutas do tipo exclusionárias e do tipo exploratórias. A cobrança de royalties excessivamente altos ou baixos, em virtude de *hold-ups* ou *hold-outs*, pode, em determinadas situações, sequer ser considerada ilícito antitruste se a jurisdição em questão não condenar condutas do tipo exploratórias. A próxima subseção aprofunda a discussão sobre tais diferenças.

³⁵ Particularmente, Barnett (2017, p. 1353) faz referência ao trabalho de Galetovic, Haber e Levine (2015), no qual os autores testam a hipótese de que royalties excessivos impostos pelos detentores de SEPs resultariam em preços maiores para usuários finais e intermediários. Contudo, resultados mostram o contrário, que preços caíram para indústrias pesquisadas (como smartphones, computação e outros setores eletrônicos) entre 1997 e 2013.

³⁶ Termo utilizado pro 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. Cabe observar que Melamed e Shapiro (2018, p. 2121) admitem que compromissos FRAND podem ser anticompetitivos caso utilizados para impor condições desvantajosas para licenciadores por meio do poder de barganha coletivo.

3.2 Exploratório vs. Exclusionário e o antitruste brasileiro

A fim de fornecer respostas para a eventual existência de preocupação antitruste relacionada às SEPs, podemos dividir o comportamento oportunista *ex-post* em dois tipos: exploratório e exclusionário³⁷. O primeiro está ligado à habilidade de o licenciador praticar tarifas de licenciamentos elevadas, potencialmente aumentando o preço final de produtos que utilizem tal tecnologia e reduzindo inovações ou mesmo ligado à habilidade do implementador em impor tarifas excessivamente baixas. O segundo está ligado à habilidade de o licenciador excluir outras empresas do mercado. Neste segundo caso, há preocupação antitruste sempre que o licenciador possuir 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 que exista algum incentivo em excluir um rival. Nota-se que a tradição antitruste brasileira está intimamente mais ligada à investigação e condenação de casos exclusionários e menos do tipo exploratório.

Ankman (2009, p. 165-168) debate a diferença entre os dois tipos de abuso de poder de mercado. O abuso exploratório (*exploitative*) decorre de forma **direta**, ou seja, firmas se valem de seu poder de mercado para obter condições mais vantajosas através do aumento de preços. É o caso quando há preços excessivos ou discriminação de preços, por exemplo. Já o abuso exclusionário (*exclusionary*) ocorre quando determinada 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. Enquanto o lado exclusionário do exercício abusivo de poder de mercado é parte usual do dia a dia antitruste, nem todas as jurisdições consideram o abuso exploratório como parte da agenda antitruste.

³⁷ - O termo exploratório é usado neste conceito com sentido de um comportamento que tem por objetivo a obtenção de renda acima da que seria obtida em condições normais de concorrência, portanto, é uma forma de uso abusivo de poder de mercado.

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*) desde o início: em 1975 e 1986, a Comissão Europeia considerou preços praticados por General Motors e British Leyland, respectivamente, como excessivos. O critério utilizado pelo antitruste europeu para considerar o preço de determinado bem ou serviço como excessivo se vale de parâmetros como (i) não possuindo relação razoável com o valor econômico do produto³⁸ ou (ii) desproporcional ao custo de produção (Ankman, 2009, p. 170). Contudo, é importante entender que o conceito chave não é o preço excessivo, mas sim o preço injusto.³⁹

Para o Tribunal de Justiça Europeu no caso *United Brands*, o preço excessivo não é um ilícito em si, mas sim um pré-requisito para a determinação de um preço injusto.⁴⁰ O conceito foi evoluindo ao longo do tempo até que em *Aspen* (2021)⁴¹, a Comissão Europeia avaliou a excessividade do preço para seis medicamentos por meio de (i) comparação do lucro antes e após o aumento de preço e (ii) comparando a lucratividade da *Aspen* com uma amostra de outras empresas que comercializam produtos similares; e a injustiça avaliando a desproporcionalidade do aumento de preços em relação aos custos, sendo um preço injusto em si mesmo (Marinova, 2024, p. 326-328).

³⁸ 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)

³⁹ -Observe-se que na jurisprudência do CADE, preço abusivo – o conceito normalmente usado em processos de defesa da concorrência no Brasil – não é determinado pelo nível de preço per se, mas decorre do abuso de poder de mercado ou de algum outro comportamento anticompetitivo – como por exemplo, os preços praticados pelos integrantes de um cartel. Veja por exemplo, Ribeiro e Mattos, Neste sentido, preço injusto (*unfair*) per se não é normalmente aceito como uma infração concorrencial, exceto quando houver as condições apontadas acima.

⁴⁰ A decisão ficou conhecida por utilizar um teste em duas etapas para estabelecer um preço como injusto. A primeira etapa, como apresentado acima, consiste em determinar a excessividade do preço por meio da margem de lucro da firma. Caso a resposta seja afirmativa, é realizada uma segunda etapa, em que se checa se o preço é injusto em si ou se comparado a outros produtos. Ambas as etapas foram amplamente criticadas (Marinova, 2024, p. 329-338).

⁴¹ Decisão disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40394/40394_5350_5.pdf

A distinção entre justo (*fair*) e injusto (*unfair*) é motivo de grande debate no antitruste e parte da agenda das jurisdições que consideram o lado exploratório. Hughes (1994) debate como o crescimento da Escola de Chicago reduziu a preocupação do antitruste norte-americano com reclamações de tratamento injusto (*unfair dealing*) e focou a análise antitruste na busca pela eficiência econômica. Nota-se que esse processo continuou ao longo do tempo e atualmente há um caráter de busca pela eficiência econômica em detrimento de objetivos não-econômicos (Colino, 2019). Parte da crítica de Chicago à análise de reclamações de tratamento injusto e do uso do conceito de *fairness* na análise antitruste é o lado subjetivo do conceito, que seria incompatível com a abordagem econômica.

Preço justo é, portanto, um conceito que não é diretamente aplicável na teoria econômica moderna. É um conceito que tem origem remota na filosofia medieval. Por exemplo, São Thomas de Aquino na "Summa Theologica"⁴², enfatiza que as transações econômicas devem ser baseadas na virtude e no bem comum. Esse tipo de definição abstrata não é operacional em uma análise contemporânea. Nesse sentido todo preço que resulta de uma transação econômica onde não haja elementos que indiquem abuso de poder de mercado é, sob o ponto de vista concorrencial, justo. O preço só não é justo se decorre de um ilícito concorrencial – por exemplo, um cartel – sendo o resultado de uma conduta que é considerada ilegal por autoridades de defesa da concorrência.

Em virtude da influência de Chicago no pensamento antitruste norte-americano, esta jurisdição dá pouca ênfase a práticas exploratórias, não as considerando como ilícitos antitruste. O conceito de monopolização (*monopolization*) que subsidia a interpretação da Seção 2 da Lei Sherman é associado a práticas exclusionárias, não havendo ilicitude em práticas como preços abusivos, por exemplo (Castro, 2017, p. 16).

A jurisprudência brasileira é voltada majoritariamente para o lado exclusionário do abuso de poder de mercado. Conforme mostra Castro (2017, p. 24), não há condenação de preços exploratórios na jurisprudência do CADE apesar de processos administrativos terem sido abertos com intuito de investigar o tema, em especial na vigência da lei

⁴² - Versão em português, publicada como Suma Teológica, Ecclesiae, 2016.

8.884/1994. O autor 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. Para isso, a intervenção antitruste busca evitar uma concentração excessiva da oferta como resultado de fusões e aquisições e coibir condutas que restringem a competição, como a cartelização ou práticas exclusionárias que criam barreiras à entrada e limitam a rivalidade.

Em suma, há diferenças entre as jurisdições no que tange a condenação de práticas exploratórias em diferentes jurisdições. Se por um lado europeus consideram tais condutas como passíveis de condenação antitruste, americanos adotam uma postura distinta e focam seus esforços nas condutas com caráter exclusionário. No Brasil, práticas exploratórias não possuem tradição de condenação antitruste, apesar das investigações de preços excessivos. Logo, disputas relativas à cobrança de royalties de licenciamento de SEPs podem não encontrar no antitruste o foro adequado em território brasileiro quando não houver relação horizontal entre licenciadores e implementadores, possibilitando a caracterização de uma conduta de natureza exclusionária.

Enquanto 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.

3.3 Condutas Exclusionárias e antitruste

a) Condutas Exclusionárias e o princípio da razoabilidade

Ao contrário das políticas de regulação *ex-ante*, que estabelecem regras a serem aplicadas indistintamente sobre conjuntos de setores, empresas ou condutas empresariais, a política de defesa da concorrência não só tem um caráter geral ou horizontal, estabelecendo normas que protegem e defendem a concorrência em qualquer setor e mercado, como também se caracteriza pela presença de flexibilidade nas suas intervenções. Em geral, a aplicação destas normas é sempre caso a caso, mediada pelas especificidades tecnológicas e econômicas de cada ambiente competitivo, pelas estruturas de mercado vigente e seus padrões de competição e rivalidade. No caso das condutas exclusionárias, o princípio da razoabilidade implica que cada conduta seja avaliada no seu contexto e à luz de seus efeitos concretos. Esta “abordagem baseada em efeitos” (Podszun, 2023)⁴³ torna a ilegalidade de uma eventual conduta dependente de uma análise econômica de seus impactos sobre a rivalidade existente e potencial em um ou mais mercados, com desdobramentos sobre preços, quantidades, ou mesmo sobre o ritmo de inovação.

Assim, a aplicação da política de defesa da concorrência para coibir condutas potencialmente exclusionárias vai sempre exigir uma combinação de três elementos distintos (Ribeiro et al, 2024):

- (i) Os princípios e disposições contidos na legislação de defesa da concorrência, que definem e caracterizam seu escopo e estabelecem normas gerais a serem aplicadas em qualquer mercado ou ambiente competitivo.
- (ii) Um referencial teórico, na forma de conceitos, procedimentos analíticos e critérios que estabelecem o pano de fundo nas análises de problemas

⁴³ Embora ambos apontem a necessidade de avaliação de efeitos gerados em uma argumentação de custo e benefício, há debates se a *rule of reason*, conceito jurídico de origem estado-unidense, e a análise baseada em efeitos (effects based) no contexto jurídico europeu não são exatamente sinônimos pois dependem da extensão de pressuposições de efeitos e codificação de ilícitos. Ver por exemplo, Bailey (2018), Lindeboon, (2022), Katsoulacos (2022). Neste texto, como na prática de defesa da concorrência brasileiro, são considerados similares

concorrenciais, tais como a definição de mercados relevantes, caracterização de posição dominante, critérios para avaliação da intensidade da concorrência potencial delimitação de eficiências antitruste válidas, etc. Esta teoria básica, que estabelece um conhecimento definido para analisar atos de concentração e condutas potencialmente anticompetitivas, combina elementos econômicos e jurídicos, sendo necessária para que a legislação pertinente seja aplicada pelas autoridades antitruste.

- (iii) Teorias (específicas) do dano, de aplicação menos geral, que incluem:
 - a. Modelos teóricos (formalizados ou não) que especificam mecanismos plausíveis pelos quais uma determinada conduta gera efeitos anticompetitivos e em que situações.
 - b. Critérios e testes que permitem à autoridade identificar a presença de efeitos anticompetitivos líquidos, justificando a eventual conclusão sobre a ilegalidade da conduta.

Deste modo, ainda que os dispositivos legais da legislação antitruste permaneçam estáveis por longos períodos, a forma, escopo e intensidade da repressão das condutas anticompetitivas podem variar ao longo do tempo, especialmente como resultado da evolução do leque de teorias do dano disponíveis e utilizadas pelas autoridades antitruste. No caso de eventuais condutas anticompetitivas envolvendo detentores de SEPs, um passo indispensável consiste em identificar as teorias do dano adequadas para a avaliação de seus efeitos sobre a rivalidade e as condições de entrada dos mercados que utilizam as tecnologias licenciadas.

b) Teorias do Dano I: Fechamento e Alavancagem

Até início dos anos 70, a aplicação da legislação antitruste na repressão de condutas verticais de natureza exclusionária não estava baseada em um uso rigoroso e sistemático do conhecimento acumulado pelos economistas nas áreas da Microeconomia e

Organização Industrial⁴⁴. As hipóteses formuladas acerca dos danos concorrenciais resultantes combinavam conceitos econômicos com premissas intuitivas acerca dos processos econômicos subjacentes, que justificavam seja a adoção de uma abordagem *per se* (para condutas como as restrições territoriais), seja a identificação de critérios relativamente simples para definir quando uma conduta deveria ser considerada anticompetitiva (como era o caso de grau de fechamento de mercado em casos envolvendo acordos de exclusividade). Contratos e práticas que limitavam o acesso rivais a recursos considerados necessários para atuar em um mercado eram vistas como geralmente anticompetitivas – assumindo que a diferenciação entre rivais caracterizaria uma imperfeição de mercado a ser corrigida pela intervenção antitruste.

Tais hipóteses envolviam basicamente dois mecanismos que gerariam um dano concorrencial:

- (i) O **fechamento de mercado** decorreria de cláusulas contratuais que de alguma forma limitavam ou impediam que um ou mais competidores tivessem acesso a insumos ou canais de distribuição necessários para atuar em um dado mercado. A avaliação da presença ou não do fechamento de mercado, essencial para a tipificação de uma infração antitruste, era feita basicamente a partir do cálculo da magnitude do fechamento – por exemplo, estimando a participação percentual dos insumos comercializados através de um contrato exclusivo no total da oferta disponível do mesmo insumo. O grau de fechamento considerado alto seria um indicador confiável da presença de efeitos anticompetitivos, sem uma investigação mais aprofundada dos mecanismos causais subjacentes. A questão, evidentemente, era como definir um fechamento “alto e, como apresentado em Hovenkamp (1994, pp. 388-391), a evolução da jurisprudência norte-americana apresentou variações nos graus de fechamento considerados aceitáveis ou não pelos tribunais.
- (ii) A **alavancagem de poder de mercado** ocorreria em uma situação na qual uma empresa poderia aumentar os seus lucros de monopólio, usando o poder de mercado nas vendas de um produto para criar e sustentar a

⁴⁴ Para uma discussão da jurisprudência norte-americana, que inclui os critérios utilizados para determinar a presença de infrações antitruste no caso de condutas exclusionárias, ver Hovenkamp (1994, Caps. 7 e 10).

capacidade extrair lucros de monopólio em mercado correlatos. A presença da alavancagem de poder de mercado justificava, assim, a intervenção antitruste em casos de venda casada e *bundling*. Tais práticas, ao explorar oportunidades geradas pela oferta simultânea de bens complementares do ponto de vista dos consumidores, permitiriam a uma empresa com poder de mercado na venda do produto *A* estender este poder para o mercado do produto *B*, excluindo rivais competitivos aumentando sua margem de lucro na venda deste segundo produto.

c) Teorias do Dano II: os Argumentos da Escola de Chicago

A partir da década de 70, as hipóteses até então usadas para caracterizar os efeitos anticompetitivos e justificar a repressão de condutas exclusionárias vão sofrer críticas importantes, especialmente por parte de autores identificados com a assim chamada Escola de Chicago da tradição antitruste norte-americana⁴⁵. Tais críticas geram inflexões importantes na prática antitruste, basicamente no sentido promover uma atuação mais permissiva no que refere a tais condutas, bem como conduzem a mudanças na forma como as análises de tais condutas devem ser realizada pelas autoridades, abrindo espaços para um maior uso de modelos econômicos na caracterização e identificação de danos concorrências e possíveis eficiências a serem consideradas.

A discussão das condutas exclusionárias pela Escola de Chicago está assentada em dois pressupostos. O primeiro é afirmação da necessidade de um uso explícito e sistemático da Teoria Microeconômica na análise dos efeitos anticompetitivos das condutas exclusionárias – ou seja, a plausibilidade destes efeitos deve ser avaliada com base em modelos econômicos demonstrem formalmente como estes efeitos podem resultar de condutas lucrativas. A segunda consiste na proposta de que a delimitação do espaço para a intervenção antitruste exige uma avaliação comparativa dos custos incorridos com erros de Tipo I (falso positivo) e de Tipo II (falso negativo), de maneira a distinguir a

⁴⁵ 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).

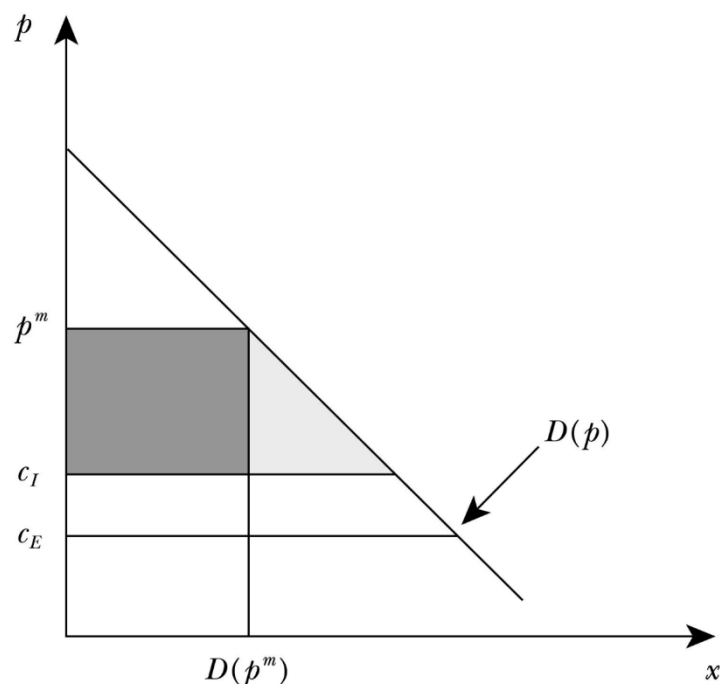
competição agressiva (benéfica aos consumidores) da competição predatória (prejudicial aos consumidores)⁴⁶.

No que a condutas que envolvem **cláusulas de exclusividade**, a avaliação da Escola de Chicago é que um fechamento anticompetitivo é improvável. Seguindo a apresentação do argumento feita por Motta (2004), o Gráfico X permite analisar se um monopolista é capaz de, ao implementar um acordo de exclusividade, fechar o mercado para entrante potenciais e, deste modo, gerar um dano concorrencial que consiste na preservação do lucro de monopólio. Se o monopolista incumbente oferta inicialmente o produto ao preço de monopólio p^m , incorrendo no custo unitário c_I , um entrante potencial que tem o custo $c_E < c_I$, poderia ganhar o mercado ofertando a um preço marginalmente inferior a c_I . A questão então é: o monopolista poderia se utilizar de um contrato de exclusividade para bloquear esta entrada e preservar seu lucro de monopólio (a área hachurada em cinza escuro)?

⁴⁶ A dificuldade em separar o joio do trigo nos casos de condutas exclusionárias é bem resumida por Frank Easterbrook (1986, p.):

“Aggressive, competitive conduct by a monopolist is highly beneficial to consumers. Courts should prize and encourage it under the antitrust laws. Aggressive, exclusionary conduct by a monopolist is deleterious to consumers. Courts should condemn it under the antitrust laws. There is only one problem. Competitive and exclusionary conduct look alike”.

Gráfico 1 - Análise dos Efeitos de um Acordo de Exclusividade



Fonte: Adaptado de Motta (2004).

Para responder esta questão, seria necessário avaliar as alternativas com que se defronta um hipotético comprador do produto. Se uma eventual entrada implica a eliminação do poder de monopólio, o resultante ganho do comprador corresponde ao montante do excedente do consumidor que é perdido quando o preço pago é maior que o preço competitivo – no gráfico a soma da área do retângulo em cinza escuro e a área triângulo cinza claro. Consequentemente, para convencer o comprador a pactuar um contrato de exclusividade, o monopolista deveria oferecer um desconto (ou benefício adicional) que correspondesse a um valor maior que o lucro de monopólio, o que significa que uma estratégia de detenção de entrada baseada em cláusulas de exclusividade não é lucrativa, não sendo uma conduta exclusionária plausível.

Já para os casos de **venda casada** e suposta alavancagem de poder de mercado, a Escola de Chicago desenvolveu o argumento sob a suposição de lucro do monopólio único. Supondo um produto *A* é ofertado em condições de monopólio e um Produto *B* em condições competitivas, temos que, se os produtos são vendidos separadamente e consumidos conjuntamente (como um sistema *AB*), o preço de *A* (p_a) é o preço de

monopólio, maior que o custo marginal c_a , e o preço de B (p_b) é igual ao seu custo marginal c_b . Assim, na situação na qual os produtos são comercializados separadamente, existe um preço v que é o preço máximo que os consumidores estão dispostos a pagar pelo sistema AB e, como p_b corresponde a c_b , o lucro do monopolista ofertando A será $v - c_b - c_a$. Caso o monopolista pratique a venda casada, tornando-se o único ofertante também de B , seu lucro será necessariamente o mesmo: $v - c_b - c_a$. Ou seja, a suposta alavancagem de poder de mercado através da venda casada não cria um lucro de monopólio adicional a ser extraído, não sendo plausível supor que a venda casada seja um meio de obter lucros extraordinários adicionais.

Deste modo, a conclusão da Escola de Chicago seria que, na maioria dos casos, condutas exclusionárias não são capazes de gerar efeitos anticompetitivos. O fato de condutas como cláusulas de exclusividade venda casada, *bundling*, recusa de venda, etc, serem razoavelmente frequentes se explicaria por razões de eficiência, na medida em que estas práticas permitiriam obter eficiências contratuais na forma de reduções de custos de transação, contenção de efeito carona (*free rider*) e proteção de investimentos em ativos específicos, ou ainda eficiências de produção/distribuição conjunta e redução. Isso justificaria a avaliação de que, no que se refere às condutas exclusionárias, uma atenção especial deve ser dada à mitigação dos riscos do falso positivo, ou seja, de condenar uma prática que é, em termos líquidos, benéfica aos consumidores e à economia.

d) Teorias do Dano III: Estratégias de Elevação de Custos de Rivais

As críticas à escola de Chicago, que resultam em uma abordagem que tem sido caracterizada como “Pós-Chicago” apontam problemas na excessiva simplicidade e irrealismo dos modelos teóricos utilizados nas análises dos possíveis danos concorrenciais. O uso de ferramentas teóricas mais complexas e realistas gera, como veremos, resultados distintos na avaliação da plausibilidade da ocorrência destes danos.

Não obstante, é importante reconhecer que, apesar de profundas divergências no que se refere a suas principais **conclusões substantivas**, existe um significativo grau de **continuidade metodológica** entre os autores de Chicago e Pós-Chicago. Nos dois casos, os potenciais danos concorrenciais são analisados através de modelos teóricos oriundo da

Teoria Econômica, que são vistos como indispensáveis para identificar os efeitos das condutas analisadas sobre a eficiência alocativa e o bem-estar dos consumidores. As diferenças vão estar na escolha dos modelos utilizados e na decorrente adoção de premissas teóricas consideradas mais realistas, que contemplam, inclusive, a presença de falhas de mercado. Além disso, a preocupação com as consequências dos falsos negativos e dos falsos positivos não é abandonada pelos críticos da Escola de Chicago, que continuam preocupados em separar rigorosamente o dano a um **concorrente** do dano à **concorrência**.

Uma primeira alternativa importante em relação à posição da Escola de Chicago sobre condutas exclusionárias está na abordagem da Elevação de Custos de Rivais (ECR), desenvolvida originalmente por Salop e Scheffman (1983) e Krattenmaker e Salop (1986), que se aplica a qualquer prática contratual, formalizada ou não em um contrato escrito, que estabeleça “direitos exclusionários”. Os direitos exclusionários estão presentes 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).

Para a abordagem ECR, os direitos exclusionários podem ser fonte de efeitos anticompetitivos, de benefícios procompetitivos (eficiências), ou de ambos. Para a avaliação do potencial de geração de danos concorrenciais, é indiferente se firma que adquire os direitos exclusionários se posiciona como vendedora ou compradora em um dado elo da cadeia produtiva – a questão é se a aquisição de tais direitos aumenta os custos de rivais. 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 concorrência⁴⁷.

Em termos gerais, para que condutas potencialmente exclusionárias afetem negativamente o bem-estar dos consumidores, devendo ser caracterizadas como gerando um dano concorrencial, **duas condições deveriam ser satisfeitas:**

C1 A conduta deve efetivamente criar desvantagens competitivas – aumentos de custos – para os rivais. A materialização deste efeito depende de características do mercado de insumos envolvido.

C2 O aumento de custos dos rivais (criação de desvantagens competitivas) deve possibilitar o exercício de poder de mercado (aumentos de preços), por gerar uma restrição significativa da concorrência em algum mercado⁴⁸.

Neste contexto, o papel da análise econômica é descrever as condições nas quais uma estratégia de ECR efetivamente possibilita o incremento de poder de mercado e o seu exercício de forma a prejudicar os consumidores. Krattenmaker e Salop (1986) identificam quatro mecanismos cuja presença pode gerar uma elevação dos custos de rivais (Condição C1):

- (i) *Bottleneck*: os direitos exclusionários forçam os rivais a transacionar com fornecedores de insumos menos eficientes e de maior custo.
- (ii) *Fechamento Efetivo*: A aquisição de direitos exclusionários sobre uma parcela representativa da oferta de insumos leva a uma elevação dos preços praticados pelos ofertantes que continuam disponíveis para os rivais.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Ou seja, para que o bem-estar dos consumidores seja afetado negativamente e a conduta envolvida configure uma infração antitruste, não basta que ocorra um aumento dos custos de rivais: é necessário também que este aumento tenha um impacto significativo sobre o processo competitivo e seja um fator que viabilize o exercício abusivo de poder de mercado.

- (iii) Coordenação da colusão: a empresa que adquire direitos exclusionários induz os fornecedores de insumos a praticar preços mais elevados (discriminatórios) para rivais, como que organizando um cartel nestas vendas.
- (iv) Criação de um Frankenstein: a aquisição de direitos exclusionários cria, para a parcela da oferta que estará disponível aos rivais, uma estrutura de mercado que conduz à colusão, explícita ou tácita.

Uma vez estabelecida a presença de um mecanismo que produz uma elevação de custos de rivais, a materialização de danos concorrências depende ainda da presença de fatores adicionais (Condição C2). Inicialmente, 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, é necessário considerar 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**.

Voltando para a análise da Escola de Chicago, as conclusões sobre a ‘impossibilidade’ de efeitos anticompetitivos de restrições verticais e alavancagem são derrubadas. No primeiro caso, quando a exclusividade aumenta os custos dos rivais, pela existência de retornos à escala nos custos ou economias de rede na demanda ou criação de barreiras à inovação. No segundo caso, quando os mercados adjacentes possuem competição imperfeita e possibilidade de lucros oligopolistas ou quando as práticas de alavancagem geram ou sustentam poder de mercado no mercado adjacente (mais uma vez, por possibilidade de retornos à escala ou economias de rede ou outras barreiras à inovação). Vejamos a seguir o desenvolvimento do argumento.

e) Teorias do Dano IV: Externalidades Contratuais

A análise dos danos concorrências de condutas exclusionárias também tem sido enriquecida, a partir da década de 90, por uma investigação teórica que explora os desdobramentos da presença de **externalidade contratuais**, como discutido em Whinston (2001) e Bernheim e Heeb (2015). Os modelos que incorporam estas

externalidades permitem uma melhor compreensão de como uma empresa pode se utilizar do poder de mercado em um determinado mercado para influenciar a sua interação competitiva com rivais em **um outro mercado correlato**, usualmente por meio de uma relação vertical. Trata-se de identificar em que condições existe um mecanismo pelo qual condições um arranjo exclusionário entre a empresa *A* e seu cliente (ou fornecedor) *B* ou *C* gera efeitos adversos sobre os rivais de *A*, por afetar as condições em que este transaciona com outros clientes (ou fornecedores).

A base de tal mecanismo está na existência de algum tipo de economia de escala ou economia de rede, que cria externalidades contratuais negativas, fazendo com que a exclusão de uma empresa e relação ao um determinado conjunto de transações implique que esta enfrente alguma desvantagem ou custo em outras transações, não diretamente afetadas pela conduta exclusionária. Nestas 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.

A partir da situação representada no Gráfico 1 mais acima, Whinston (2001) apresenta um exemplo simples no qual um monopolista deseja deter a entrada de um competidor através da pactuação de **acordos de exclusividade**, em um contexto no qual a lucratividade esperada do entrante da entrada depende das decisões de compra de diversos compradores.

O exemplo supõe uma situação inicial na qual o monopolista oferta seu produto para três compradores diferentes, obtendo um lucro de monopólio de \$ 9 com cada um destes (no gráfico representado pela área do retângulo cinza escuro). Por sua vez a perda gerada pelo monopólio é, para cada comprador, no valor de \$12 (a soma das áreas do retângulo cinza escuro e do triângulo cinza claro). O eventual entrante poderia realizar uma entrada bem-sucedida, mas, para compensar os custos de entrada, deve atender ao menos dois compradores. O requisito de uma escala mínima para viabilizar a entrada torna a conduta exclusionária uma estratégia de detenção lucrativa, pois:

- (i) Existe uma externalidade contratual negativa, já que o entrante, por se ver impedido de transacionar com dois dos compradores existentes, sofre mudanças nos custos incorridos para fornecer o produto apenas para o terceiro comprador.
- (ii) Dadas as premissas assumidas, se o monopolista paga a dois compradores um valor de \$12 pela exclusividade, a entrada não ocorre e seu lucro ainda será maior do que o auferido em condições de concorrência. O lucro resultante da conduta exclusionária será $(3 \times \$9) - (2 \times \$12) = \$3$.

No caso da **venda casada**, o argumento do lucro de monopólio único deixa de ser válido se admite-se que (i) o produto *A* ofertado em condições de monopólio não é essencial para todos os usos do produto complementar *B*, de maneira que alguns consumidores adquirem o sistema *AB* e outros apenas o produto *B*, e (ii) existem economias de escala ou externalidade de rede na oferta do produto complementar *B*. Como demonstra Whiston (1990), nestas condições a venda casada pode ser uma forma de excluir o produtor de *B* não somente das vendas do sistema *AB*, mas também das vendas do produto *B* para uso *stand alone*, permitindo que a empresa monopolista da *A* extraia lucros extraordinários também neste segmento de mercado, configurando um dano concorrência e uma perda de bem-estar para os consumidores. Além disso, Carlton e Waldman (1998) apontam que a venda casada pode ser uma forma de deter a entrada do produtor de *B* no mercado do produto *A* em um período subsequente, supondo que uma participação de mercado significativa no mercado *B* é pré-condição para entrada no mercado *A*.

Concluindo, percebe-se que existem boas razões para sustentar que proposições da Escola de Chicago não tem validade geral – seus defensores acabam subestimando o custo associado ao **risco do falso negativo**, o que levaria a política de defesa da concorrência a não intervir em situações nas quais as condutas exclusionárias geram danos concorrências e perdas líquidas para o bem-estar dos consumidores. Nesta interpretação, as contribuições das abordagens Pós-Chicago permitiriam uma aplicação mais balanceada na regra da razão, utilizando teorias do dano baseadas em ferramentas analíticas mais rigorosas.

Este adequado balanceamento da aplicação da regra da razão 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**.
- (iv) Uma avaliação da presença de eficiências compensatórias, 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-competitivos⁴⁹.

Uma preocupação que deve estar sempre presente é a distinção entre efeitos sobre concorrentes e efeitos sobre a concorrência. Uma ampla variedade de práticas empresariais implica algum tipo de exclusão do acesso de um rival a recursos ou clientes, a questão é se esta exclusão é parte do embate competitivo, da rivalidade e dos esforços de diferenciação competitiva que geram ganhos para o consumidor, ou – alternativamente – uma ação estratégica que altera as condições concorrenciais retirando de rivais a oportunidade de competir (Jacobson, e Sher, 2006). Como destaca Joskow (2002), as políticas de defesa da concorrência não devem ser aplicadas com a pretensão de identificar e corrigir as “imperfeições” dos mercados, concebidas como tudo aquilo que se afasta do modelo canônico de concorrência perfeita. Nesse modelo, estão ausentes acordos de exclusividade, esforços de diferenciação de produto e promoção de vendas, reposicionamento de produto, publicidade, inovações tecnológicas e organizacionais –

⁴⁹ A Teoria dos Custos de Transação (Coase, 1937; Williamson, 1985 e 1998) oferece as ferramentas analíticas para identificar as condições nas quais diferentes soluções contratuais geram este tipo de eficiências. Para uma discussão empírica destas eficiências nas práticas restritivas verticais, ver Lafontaine e Slade. (2010).

em suma, aquilo que, no mundo real, é parte central do processo competitivo e da rivalidade entre as empresas. Nem a ciência econômica nem a prática antitruste dispõem dos instrumentos analíticos para definir o que seriam condições de concorrência “ótimas” e levar os mercados para um estado ideal. Por isso, na análise das condutas exclusionárias, o papel das autoridades antitruste deve ser coibir aquelas estratégias e práticas contratuais que, **na situação concreta em que são implementadas**, estabelecem uma restrição palpável ao processo competitivo e não podem ser associadas a ganhos de eficiência e/ou estratégias procompetitivas.

3.4 Sham Litigation no antitruste

O direito a recorrer ao judiciário para solucionar conflitos é um pilar importante de um Estado Democrático de Direito e está salvaguardado pela Constituição no Brasil. Contudo, há situações que a litigância pode se tornar uma prática anticompetitiva.

Lianos e Regibeau (2017, p. 643-644) descrevem como o uso de processos regulatórios e judiciais para gerar perdas ao concorrente são frequentes, especialmente em setores regulados. Os autores argumentam que estratégias do tipo podem se revelar uma predação barata, com sacrifício de lucros inferior ao uso de preços predatórios, e particularmente eficaz quando há assimetria entre os concorrentes. Tal prática pode ser chamada de *sham litigation*.

Apesar do potencial anticompetitivo da *sham litigation*, cabe ressaltar que a sua identificação não é tarefa simples. Recorrer ao judiciário, a agências reguladoras e antitruste é direito das empresas e o direito a utilização de tal recurso está fora do escopo de investigação antitruste.⁵⁰ Separar os litígios genuínos daqueles com caráter anticompetitivo é um desafio considerável para as autoridades antitruste.

⁵⁰ Nos EUA, a Doutrina Noerr-Pennington garante que acionar o governo em geral não acarreta responsabilidade antitruste (Lianos e Regibeau, 2017, p. 248-649).

Na prática norte-americana, o ponto central é identificar a intencionalidade do litigante. Para tanto, diferentes testes foram desenvolvidos. As jurisprudências norte-americana e europeias apresentam diferentes testes que podem ser utilizados. Sem o objetivo de explorar toda a extensa jurisprudência, alguns casos notáveis serão abordados brevemente. Em *California Motor Transport X Trucking Unlimited* (1972), a Suprema Corte dos EUA considerou que um *standard* de alegações sem embasamento e repetitivas pode ser considerada abusivo. No caso *Professional Real Estate Investors X Columbia Pictures* (1994) foi gerado o chamado 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). Em outras palavras, o teste busca identificar casos em que a empresa entra com processos objetivamente sem fundamento, com intenção e resultado potencialmente anticompetitivos.

O teste POSCO, fruto do caso *USS-POSCO Industries x Contra Costa County Building & Construction Trades Council* (1994) nos EUA, trata do uso de processos judiciais em série, como no caso *California Motor* anterior, observando o *standard* de comportamento ao invés de uma ação judicial. 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*. 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, p. 66). Nesse caso, a prática seria passível de punição antitruste (SG, 2023, p. 17).

No caso da União Europeia, um caso seminal é o *ITT Promedia X Comissão Europeia* (1998), em que é 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 assediá-la outra parte; (2) a ação pode ser concebida como parte de um plano para eliminar a concorrência.

Na jurisprudência brasileira, há algumas condenações de *sham litigation*. A fim de exemplificar, serão apresentados dois casos. Em SINPETRO, Rede Gasol e Grupo Igreja X Carrefour⁵¹, 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. Contudo, 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 (Terepins, 2008, p. 79-86).

No que tange o uso de testes para identificar a presença de *sham litigation* pelo CADE, é possível observar que a Superintendência Geral do CADE vem aplicando testes oriundos da jurisprudência norte-americana, embora a nosso juízo alguns desses testes podem incorrer em alguns problemas em vista da tradição jurídica brasileira. Para 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.⁵² 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.

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.

No caso do Brasil, a jurisprudência norte-americana deve ser vista com cautela. O sistema da *common law* (direito comum) e a tradição romano-germânica (*civil law*) são dois

⁵¹ Caso 08000.024581/1994-77.

⁵² Casos como Lundbeck X Progenéricos (08012.006377/2010-25) e Aspen X Astellas (08700.009881/2022-62) aplicam os três testes.

grandes modelos jurídicos que moldam sistemas legais em todo o mundo, com diferenças significativas em suas origens, fontes e métodos de aplicação. Portanto, a aplicação acrítica de jurisprudência de um sistema da common law no Brasil pode induzir a muitos equívocos. Por exemplo, as decisões do CADE têm que basear-se na Lei de Defesa da Concorrência e não pode imiscuir-se em questões cuja legalidade só pode ser determinada no judiciário.

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 juízo⁵³. 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).

Vale observar, enfim, que embora condutas estritas de *sham litigation* sejam raras, dadas as dificuldades de sua tipificação – e isso em diversas jurisdições -, o fato de uma determinada ação judicial ter sucesso (no sentido de ter reconhecido o direito pleiteado

⁵³ 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. 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.

pelo autor) não impede que a tal direito sejam impostos limites pelas autoridades antitruste na investigação de alguma conduta anticompetitiva, caso caracterize abuso de posição dominante, mesmo não se tratando de *sham litigation*.

3.5 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 na grande variedade de formas de relações contratuais que caracteriza as economias de mercado contemporâneas. Uma das contribuições da Teoria Econômica dos Contratos (Williamson, 1985, Hart e Holmstrom, 1987) é justamente apontar que, na presença de ativos específicos, os agentes pactuam contratos de médio e longo prazo que, inevitavelmente, geram oportunidades para condutas oportunistas de *hold up* ou *hold out* e são fontes potenciais de custos de transação *ex-post*.

Assim, a viabilização de investimentos nestes ativos e o usufruto de seus benefícios econômicos 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 terceiros⁵⁴. Incluem uma variedade de arranjos institucionais que procuram preservar parte dos incentivos dos mercados, ainda que estes sejam inevitavelmente atenuados, mas

⁵⁴ Um caso típico é a organização de canais de distribuição através de redes de franquias.

estabelecendo mecanismos de coordenação das 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 mercados⁵⁵. 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 nas quais se verifica a combinação da incompletude dos contratos 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 transação⁵⁶. Para aplicar esta abordagem teórica ao licenciamento de SEPs, é necessário analisar tanto os atributos das relações contratuais entre licenciados 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. **No caso das políticas de defesa da concorrência, para avaliar se esta pode ser parte de uma solução para os problemas contratuais identificados, é necessário analisar os limites e formas de intervenção fixados pela legislação em vigor, os instrumentos e procedimentos utilizados pelas agências responsáveis pela implementação da política, bem como as**

⁵⁵ 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 *standard* caso haja recusa no licenciamento (cláusula 8.2 da *policy* do ETSI, ver <https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>).

⁵⁶ Uma revisão da volumosa literatura que oferece aplicações empíricas da TCT é feita por MACHER e RICHMAN (2008).

competências nestas acumuladas. 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 – não configurando meramente um conflito privado.

Tal como discutido na seção 3.2, um importante parâmetro que delimita a 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, se 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.

Neste sentido, Hebert Hovenkamp (2020) destaca que a eventual violação de compromisso FRAND não constitui necessariamente uma conduta passível de repressão com base nas legislações de defesa da concorrência, embora **possa** constituir uma infração antitruste, se certas condições estiverem presentes. O ponto de partida desta discussão é o reconhecimento de que:

“Antitrust best achieves its purpose when it takes markets as it finds them, and then protects them from threats to competition. The antitrust tribunal must understand the market before it and the rationales and effects of its various rules. Then it considers whether a challenged restraint might operate anticompetitively so as to cause unnecessary consumer harm” (p. 1684).

Ou seja, a pertinência de uma intervenção antitruste não é determinada pela 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, seja por estar associada acordos colusivos, seja por ter efeitos exclusionários. Se excluimos 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, como tem sido discutido na literatura recente.

Erik Hovenkamp (2017) aponta que, embora conflitos na implementação de compromissos FRAND possam ser considerados uma violação contratual, **a caracterização de uma infração antitruste requer que seja demonstrada uma restrição concorrencial de natureza exclusionária**. Uma possibilidade seria a prática da venda casada, quando o detentor da SEP oferta também algum tipo de componente físico (por exemplo, um chip), fabricado por ele próprio ou por uma empresa afiliada, ou ainda a imposição de algum tipo de exclusividade no referido insumo. Neste caso, se o licenciamento é condicionado à compra de do insumo, ou se é oferecido um desconto para a compra conjunta, pode ser caracterizada uma conduta anticompetitiva com efeitos sobre um mercado relevante colateral⁵⁷. 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.

Melamed e Shapiro (2018) discutem especificamente como o detentor de uma SEP 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 seria o caso se o detentor da SEP 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)

⁵⁷ 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).

identifica a possibilidade de uma estratégia de fechamento ou exclusão **quanto o detentor da SEP é verticalmente integrado**⁵⁸.

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, devendo ser utilizados 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 o 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 são compensadas por algum tipo de eficiência.

Embora a conduta de *Sham Litigation* tenha suas especificidades, discutidas na subseção 3.4., 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 evidência 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

⁵⁸ O dano concorrência seria caracterizado da seguinte forma:

“The likely anti-competitive effect of a SEP owner’s conduct seeking an injunction unless a non-FRAND licence is entered into is the exclusion of *standard*-compliant products from a market, thus reducing downstream competition between implementers, limiting output and consumer choice, limiting the availability of *standard*-compliant products, and potentially distorting competition among implementers” (Nazzini, 2023, p. 445).

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 no mercado – 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.

4. Critérios para caracterizar danos concorrenciais em licenciamentos de SEPs

4.1. Proposta de framework para avaliar danos concorrenciais em licenciamento de SEPs

O framework aqui apresentado apresenta critérios 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, 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 da conduta investigada deve desenvolver em **5 etapas**, que serão detalhadas a seguir.

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 SEP 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 seguintes⁵⁹:

- (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 exclusionária 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.

⁵⁹ Esta listagem não pressupõe que todos estes tipos de condutas sejam frequentes em casos envolvendo licenciamento de SEPs. Como o *framework* pretende ter uma aplicação geral, são listadas todas as condutas teoricamente possíveis, sem assumir implicações em termos da sua efetiva presença em casos concretos já observados. Até porque o *framework* deve ser aplicável a casos futuros, que podem ser diferentes dos até agora observados.

- (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 licenciada⁶⁰. Também aqui a conduta exclusionária reduz a competição no mercado a jusante e 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 mercado⁶¹.

- (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.

⁶⁰ A pura e simples recusa de negociar e vender é incompatível com o licenciamento de SEPs, dado que os detentores da tecnologia assumem o compromisso de negociar o licenciamento em termos FRAND. No entanto, a recusa de venda deve constar na lista de condutas, já que, na prática antitruste, o termo é usado para se referir também a situações na qual um ofertante se dispõe a vender apenas em condições que não podem ser aceitas pelo comprador. Uma situação similar pode, hipoteticamente, ocorrer na negociação de um licenciamento em condições FRAND.

⁶¹ Assim como no caso dos acordos de exclusividade, mencionados logo depois, não estamos assumindo aqui que a venda casada seja necessariamente uma infração antitruste e justifique a intervenção das autoridades de defesa da concorrência. Para que isso ocorra, é necessário que as etapas posteriores da análise concluam pela existência de um dano concorrencial. A prática do *bundling*, comum em muitos mercados e geradora de eficiências, também não é em si anticompetitiva, de modo que a negociação de portfólios de patentes em termos FRAND, em escala global, não gera necessariamente preocupações concorrenciais.

- (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 relevantes 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 SEPs – a detenção de poder de mercado por parte do licenciador pode ser liminarmente constatada pela essencialidade da tecnologia em questão⁶².

A delimitação do mercado relevante que é 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, tem desdobramentos sobre 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

⁶² Ou seja, o fato da patente ser essencial implica necessariamente que há uma posição dominante no mercado desta tecnologia.

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 2022⁶³ 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 discutido mais acima, 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:

63

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy1J7fZ6z5AK-E7JynVgVAYniczU5wqJ6a4at3XodqUOL.

- (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 SEP, por meio de uma alavancagem de poder de mercado⁶⁴.
- (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 a 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.

⁶⁴ A conduta anticompetitiva aqui consiste em, através da venda casada e da alavancagem do poder de mercado, usar o poder de mercado resultante da essencialidade da patente de uma tecnologia para restringir a concorrência e aumentar lucros no mercado de uma outra tecnologia. No caso, o valor dos royalties poderia se aumentado em decorrência de uma restrição à concorrência.

- (ii) Avaliar a inserção competitiva 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 investigado, 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 importantes.

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.

4.2. Aplicação do framework a casos do CADE

O contratante deste estudo possui uma ampla base de informações sobre litígios envolvendo licenciamento de patentes e pagamentos e royalties. Excluindo os casos nos quais o segredo de justiça impede o acesso informações são 27 casos nos quais houve recurso ao judiciário. Destes 27 casos, em apenas 17 casos estão presentes SEPs⁶⁵. A análise destes casos gera dois resultados relevantes.

⁶⁵ Os casos são identificados pelas partes. A saber: Ericsson v. TCT I, Ericsson v. TCT II, Ericsson v. TCT III, Ericsson v. TCT IV, Vringo v. ZTE, Ericsson v. BLU I, Nokia v. Lenovo, WSOU v. ZTE, VoiceAge v. Multilaser and HMD, TCL v. Dolby, GE and ETRI, Philips v. TCL, JVC v. TCL, Dolby v. TCL, Nokia v. Amazon, Mitsubishi v. TCL, NEC v. TCL, ZTE v. Samsung. Maiores detalhes de informações públicas podem ser obtidos junto aos autores.

Em primeiro lugar, observa-se que os 17 casos com SEPs apresentam os seguintes desfechos:

- (i) em 15 casos o processo foi extinto devido à pactuação de acordos globais de licenciamento entre as partes;
- (ii) em 1 caso a demandada foi condenada, tendo que se abster de utilizar a tecnologia.
- (iii) 1 caso ainda está em julgamento.

A grande maioria dos casos, por conseguinte, terminou com algum acordo entre as partes, ou está em uma fase no qual existe a possibilidade de negociação de acordo. Por outro lado, os casos que terminam sem um contrato de licenciamento que permita o uso da tecnologia são uma minoria (apenas 1 caso). Tais resultados são compatíveis com uma interpretação de que os litígios analisados são parte de processo privados de negociação e barganha entre as partes, sem que estejam presentes estratégias sistemáticas de exclusão anticompetitiva por parte dos licenciadores.

Em segundo lugar, as informações obtidas para os 17 casos permitem verificar se existe sobreposição horizontal entre os detentores das SEPs e os implementadores, ou seja, existe algum espaço concorrencial em que estes sejam rivais, o que é condição necessária para se possa assumir a possibilidade de uma conduta anticompetitiva de natureza exclusionária, passível de punição pela legislação antitruste.

Em apenas 3 casos existe a sobreposição horizontal, sendo que em dois destes o processo foi extinto por acordos entre as partes (Nokia v. Lenovo, Philips v. TCL) e em um terceiro o processo se encontra em fase de julgamento (ZTE v. Samsung). Isso significa que (i) no processo em que ocorreu decisão judicial de abstenção do uso da tecnologia (VoiceAge v. Multilaser), não está presente a condição necessária para caracterizar uma eventual infração antitruste; (ii) em apenas uma pequena parcela dos casos (3 de 17), seria possível a caracterização de uma suposta infração antitruste, frente a não pactuação do contrato de licenciamento e exclusão do uso da patente. Na verdade, em dois destes casos (Nokia v. Lenovo e Philips v. TCL), essa possibilidade pode ser afastada pela pactuação de um acordo global entre as partes.

Deste modo, **com base na amostra gerada pelos casos citados, não parece haver evidência de que a presença de danos concorrencias seja frequente nos litígios envolvendo o licenciamento de SEPs.** É importante notar que a presença da sobreposição horizontal é apenas uma condição necessária para que seja possível um dano concorrência de natureza exclusionária. A conclusão de que tal dano efetivamente está presente exige uma análise bem mais aprofundada, percorrendo as todas as etapas do Framework proposto na seção 4.1.

Por último, e mais importante, cabe enfatizar que o entendimento que a sobreposição horizontal é condição necessária para a caracterização de uma dabo concorrencial, e não um mero conflito privado, foi aceito pelo CADE no Procedimento Preparatório Nº 08700.008409/2014-00, que se insere no contexto dos cinco casos Ericsson v. TCT do apêndice. A Superintendência Geral (SG) do CADE, em deliberação sobre a acusação de elevação de custos de rivais através de *sham litigation*, decidiu pelo arquivamento do Procedimento, argumentando que a ausência de sobreposição horizontal afastava preocupações de potencial anticompetitivo, que justificasse uma intervenção da autoridade antitruste. Na Nota Técnica Nº 11/2015/CGAA1/SGA1/SG/CADE, a SG destaca que: “ (...) compulsando os autos, conclui-se não haver traços de racionalidade econômica na tese apresentada pela Representante. Segundo informações dos autos, a ERICSSON não mais figura como concorrente da TCT no mercado de telefonia móvel, ou seja, as empresas não são rivais em nenhum mercado de aparelhos ou dispositivos. As atividades desempenhadas pela ERICSSON atualmente restringem-se a atuação em pesquisa e desenvolvimento tecnológico da área de telecomunicação, não comercializando aparelhos celulares, tampouco tablets. Assim, não se verifica, a princípio, racionalidade na tentativa de exclusão da TCT do mercado, já que tal fato não traria benefícios à ERICSSON” (p.4).

Sendo assim, a SG conclui: que “o impasse na determinação de valor razoável e não discriminatório a ser pago para licenciamento, bem como eventual uso indevido ou óbice à utilização de patente constituem questão comercial de propriedade intelectual e

contratual, entre particulares, a ser discutida na esfera judicial, haja vista que pautada em elementos razoáveis sem claro intuito anticoncorrencial”⁶⁶.

Mais recentemente, em abril de 2025, ao analisar o Procedimento Preparatório nº 08700.003442/2024-16, o Tribunal do CADE decidiu instaurar um inquérito administrativo em face da Ericsson, apesar da opinião contrária da SG⁶⁷ e da desistência das representantes (Lenovo e Mororola) em dar seguimento ao seu Recurso Voluntário. A discussão de um caso ainda em tramitação no CADE vai além dos objetivos deste estudo. Podemos, porém, antecipar que, além das características particulares das tecnologias e mercados envolvidos, um fator decisivo para a futura decisão a ser tomada pela autoridade antitruste será uma clara especificação dos critérios que justificam uma intervenção sobre conflitos e negociações privadas, o que, a nosso ver, exige uma precisa identificação de **danos concorrenciais**, para além de ganhos e prejuízos puramente privados.

5 Comentários Finais

A inovação é um processo complexo e multifacetado que toma diferentes formas em cada setor, indústria e empresa. Em alguns casos, os mecanismos de mercado são suficientes para que a empresa recupere os investimentos feitos em Pesquisa & Desenvolvimento que geram novos produtos e processos. Contudo, em determinadas circunstâncias, a dinâmica do mercado não consegue gerar a apropriabilidade necessária para garantir a recuperação dos esforços inovativos. Para estes casos, o sistema patentário é uma instituição que criou formas de garantir a apropriabilidade. Nesses casos, a sociedade admite a imposição de restrições à concorrência e a concessão de monopólios temporários, previstos e autorizados pela legislação de patentes, de modo a assegurar que os direitos de propriedade decorrentes dos processos de inovação possam ser efetivamente apropriados pelos seus titulares. Pelas características apontadas, a questão

⁶⁶ Nota Técnica Nº 11/2015/CGAA1/SGA1/SG/CADE, p. 4.

⁶⁷ Ver Nota Técnica Nº 59/2024/CGAA4/SGA1/SG/CADE.

patentária traz desafios para os órgãos de defesa da concorrência sobre a extensão de seu uso e suas implicações nas cadeias produtivas de determinadas indústrias.

Este texto discutiu um aspecto dos sistemas patentários contemporâneos que é o papel das SEPs e problemas concorrenciais derivados desse arranjo institucional. Como mostrado no texto, SEPs são tecnologias patenteadas que se tornam indispensáveis para a implementação de um *standard* específico, definidas junto às SSOs. Estas apresentam papel crucial para a interoperabilidade ao permitir a coordenação da indústria em torno de um *standard* único, especialmente no caso de indústrias com forte presença de efeitos de rede, como é o caso de muitos setores das TICs (Tecnologias de Informação e Comunicação).

Por sua vez, as chamadas condições FRAND (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory – Justo, Razoável e Não-Discriminatório) para licenciamento são obrigações definidas internacionalmente para compatibilizar a proteção patentária com regras de concorrência, permitindo a coexistência de condições de apropriabilidade dos esforços inovativos dos licenciadores e a garantia de acesso à tecnologia essencial para implementadores.

A definição de condições FRAND não é autoexplicativa, com nuances que foram discutidas neste trabalho. Por exemplo, o caráter não-discriminatório do FRAND permite a existência de preços diferentes para implementadores, contanto que a diferenciação não afete negativamente o ambiente concorrencial. Devido à diversidade de situações cobertas pelo conceito de FRAND, os compromissos que dele decorrem têm características de contratos incompletos, o que significa a possibilidade da emergência de conflitos contratuais e a potencialidade de gerar elevados custos de transação.

Custos de transação são inerentes a qualquer mercado. Contratos incompletos são comuns quando as partes devem pactuar compromissos de médio e longo prazo em condições de racionalidade limitada e incerteza, configurando a necessidade de mecanismos de governança capazes de mitigar os conflitos contratuais de uma forma eficiente, seja através de formas de ordenamento privado, seja por meio da atuação do sistema judiciário ou de alguma política de natureza regulatória. Este trabalho focou na identificação e enfrentamento de uma situação específica que pode originar conflitos contratuais:

aquelas práticas e condições nas quais poderia ser justificada uma intervenção da política de defesa da concorrência.

Os desafios em casos envolvendo possíveis litígios de licenciamento de SEPs, sob o ponto de vista concorrencial, foram debatidos e analisados neste trabalho. Como mostrado, a proteção patentária naturalmente restringe a concorrência ao conceder monopólio temporário. Este tipo de tecnologia ainda usufrui do status de ser o *standard* da indústria, produzindo um *lock-in* das empresas que ofertam produtos e serviços dependentes da SEP. Cabe ao antitruste criar condições institucionais para que licenciamentos sejam compatíveis com o ambiente concorrencial, evitando a exclusão anticompetitiva de implementadores.

O licenciamento FRAND, busca compatibilizar o poder de mercado gerado pela adoção como *standard* de uma patente com a manutenção de um ambiente competitivo, evitando abusos exclusionários e exploratórios. Na vigência destas obrigações, há uma tendência de aumento da concorrência *downstream*, ou seja, entre implementadores da patente, bem como redução da possibilidade de comportamentos oportunistas ao garantir o acesso à SEP. Por fim, o acesso à tecnologias sob a condição de SEP estimula a inovação por parte de implementadores, que podem se valer da tecnologia para investir em novos produtos e processos.

O trabalho discutiu a aplicação da Defesa da Concorrência, sob a égide da Lei 12.529/2011, em situações nas quais há um suposto abuso de poder de mercado no licenciamento de SEPs, possivelmente envolvendo alegada violação de compromisso FRAND. A questão central da ação antitruste exige comprovação de um dano concorrencial, no conceito jurídico-econômico, e não a mera presença de conflito privado, com supostas perdas para uma das partes. No Brasil, o CADE formou uma jurisprudência que exclui a possibilidade de um dano concorrencial ser caracterizado apenas a partir do uso do poder de mercado para elevar preços – um suposto “preço abusivo”. Não há condenação de preços exploratórios na jurisprudência do CADE apesar de processos administrativos terem sido abertos com intuito de investigar o tema, em especial na vigência da lei 8.884/1994. Assim, 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.

Com isso, a tipificação de uma conduta como uma infração antitruste exige a presença de colusão multilateral ou de algum mecanismo exclusionário. 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.

A aplicação de conceitos e modelos econômicos permitiu, nas últimas décadas, o desenvolvimento de ferramentas analíticas que permitem a identificação e avaliação dos efeitos anticompetitivos e perdas para os consumidores que **podem** resultar que condutas potencialmente exclusionárias, seguindo o princípio da razoabilidade. Neste contexto, é indispensável a referência a 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 discutidas pressupõem que a empresa investigada pode se utilizar do poder de mercado detido em um 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 acionários com participantes do outro mercado na cadeia vertical, ou quando ela é uma entrante potencial no mercado correlato

Uma contribuição deste trabalho foi a elaboração de um *framework* capaz de orientar a análise de possíveis condutas anticompetitivas no licenciamento de SEPs em condições FRAND, operacionalizando critérios que orientam 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, violações de compromissos FRAND por qualquer parte, envolvendo ou não liminares de exclusão de uso claramente 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* 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 do licenciado no qual o dano concorrencial estaria ocorrendo, (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. É importante assinalar que 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.

Deste modo, a aplicação do *framework* proporciona um 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.

Bibliografia

ANKMAN, P. (2009). The Role of Exploitation in Abuse under Article 82 EC. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 11, p. 165-188.

ARMSTRONG, M; (2008) Price Discrimination. In: BUCCIROSSI, R, (ed.) *Handbook of Antitrust Economics*. MIT Press.

ARORA, A.; FOSFURI, A. & GAMBARDELLA, A. Markets for Technology, Intellectual Property Rights and Development. In: MASKUS, K. E. & REICHMAN, J. H. (Eds.). *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ARORA V., JOHNSON J., LOVINGER D., HUMPHREY H. J., MELTZER D. O. (2005). Communication failures in patient sign-out and suggestions for improvement: a critical incident analysis. *Qual Saf Health Care*. Dec;14(6):401-7. doi: 10.1136/qshc.2005.015107. PMID: 16326783; PMCID: PMC1744089.

BAILEY, D. (2018). The new frontiers of Article 102 TFEU: antitrust imperialism or judicious intervention?, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 6, Issue 1, April, pp. 25–53, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnx020>.

BARNETT, J. (2015). Has the Academy led Patent Law astray? *Berkeley Technology Law Journal*, v. 32, n. 5, p. 1313-1380.

BERNHEIM, B. D; HEEB, R.A (2015). Framework for the Economic Analysis of Exclusionary Conduct. In: Roger Blair and Daniel Sokol (eds), *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, Oxford University Press. 2015.

BLIND, K., EDLER, J.FRIETSCH, R., e SCHMOCH, U. (2006). “Motives to patent: empirical evidence from Germany”. *Research Policy*, 35, 5, 655–672.

BORGHETTI, Jean-Sébastien, Nikolic, Igor e PETIT, Nicolas (2021). FRAND licensing levels under EU law. *European Competition Journal* 17.2: 205-268.

BORK, R. H. (1978). *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York, Basic Books.

BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam; e LANCIERI, Filippo Maria (2020). The Chicago School’s Limited Influence on International Antitrust, *University of Chicago Law Review*, Vol. 87: Iss. 2, Article 2. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/2>

CARLTON, D. W. & WALDMAN, M., (1998). The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, *The RAND Journal of Economics* Vol. 33 no.2, p.184-220.

CARLTON, D W., & SHAMPINE. A. (2013). An economic interpretation of FRAND,. *Journal of Competition Law and Economics*, 9.3: 531-552.

CASTRO, B. B. Preços Exploratórios: por uma nova Teoria da Decisão. *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 1, p. 11-69, 2017.

CHAPPATTE, Philippe (2009). FRAND commitments – the case for antitrust intervention. *European Competition Journal*, 5.2: 319-346.

COASE, R.H. (1937), The Nature of the Firm. *Economica*, 4: 386-405.

COLINO, S. M. (2019). *Competition Law of the EU and UK*. Oxford University Press.

CONTRERAS, Jorge L. (2015). A brief history of FRAND: analyzing current debates in standard setting and antitrust through a historical lens. *Antitrust Law Journal* 80.1: 39-120.

CURRAN, Patrick D. (2003). Standard-Setting Organizations: Patents, Price Fixing, and Per Se Legality. *University of Chicago Law Review*, Vol. 70: Iss. 3, Article 4.

Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol70/iss3/4>

DELRAHIM, M. (2018). Antitrust Law and Patent Licensing in the New Wild West, Remarks as Prepared for IAM's Patent Licensing Conference, 2018.

DINIZ, Gustavo (2021). Sham litigation no Brasil: desenvolvimento, critérios e crítica. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 33.1: 130-144.

DOSI, G.. “Sources, Procedures, and Microeconomic Effects of Innovation.” *Journal of Economic Literature* 26, no. 3 (1988): 1120–71. <http://www.jstor.org/stable/2726526>.

EASTERBROOK, Frank H. (1986). On identifying exclusionary conduct. *Notre Dame Law Review*, 61, pp. 972.

EIRAS, L. (2019). Sham Litigation: requisitos para sua configuração. *RDC*, 7(2): 53-75.

EPSTEIN, R. A., e NOROOZI, K. B. (2017). Why Incentives for “Patent Holdout” Threaten to Dismantle FRAND, and Why It Matters. *Berkeley Technology Law Journal*, 32(4), 1381–1432. <https://www.jstor.org/stable/26490239>

FERRAZ JR, T. S.. (1995) Da abusividade do poder econômico. *Revista de direito econômico*, 21(1):23-30, 1995

FIANI, R. (2013). Teoria dos Custos de Transação. In: Kupfer, D.; Hasenclever, L. *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier.

FIEDLER, Clemens; LARRAIN, Maria & PRÜFER, Jens (2023). Membership, governance, and lobbying in standard-setting organizations. *Research Policy*, 52, 104761.

FURUBOTN, E. G. & RICHTER, R., (1997). *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*. Ann Arbor, University of Michigan Press,

GALETOVIC, A.; HABER, S.; LEVINE, R. (2015). An Empirical Examination of Patent Holdup. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 11, n. 3, p. 549-578.

GANDAL, N., REGIBEAU, P., (2014). SSOs: Current policy issues and empirical evidence. CEPR Discussion Paper No. DP9849, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2444870>

GHAFELE, R. ; SCHMITZ, J (2020) Economic Perspectives on FRAND *Journal of European Competition Law & Practice* 11.1-2: 90-94.

GIURI, P. et al. (2007). Inventors and invention processes in Europe: Results from the PatVal-EU survey. *Research policy*, v. 36, n. 8, p. 1107-1127.

HALL, B. H., & ZIEDONIS, R. H. (2001). The Patent Paradox Revisited: An Empirical Study of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry, 1979-1995. *The RAND Journal of Economics*, 32(1), 101–128. <https://doi.org/10.2307/2696400>.

HART, O. & HOLMSTRÖM, B. (1987) *The Theory of Contracts*. In: Bewley, T.F., Ed., *Advances in Economic Theory—5th World Congress*, Cambridge University Press, Cambridge, 71-155. <https://doi.org/10.1017/CCOL0521340446.003>

HOVENKAMP, Erik. (2017). Tying, exclusivity, and standard-essential patents. *Columbia Science and Technology Law Review*, v. 19, p. 79. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3012654>

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

HOVENKAMP, Herbert (2020). FRAND and Antitrust. *Cornell L. Rev.*, 105: 1683.

HUGHES, E. (2009) The left side of antitrust: what fairness means and why it matters. *Marquette Law Review* 265.

JACOBSON, J. M., & SHER, S. A. (2006). “No economic sense” makes no sense for exclusive dealing. *Antitrust Law Journal*, 73(3), 779–801. <http://www.jstor.org/stable/40843693>.

JOSKOW, Paul L. (2002). Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies. *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 18, No. 1, pp. 95-116, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=291796>.

KIRIM, A. (1985). Reconsidering Patents and Economic Development: a case study of the Turkish Pharmaceutical Industry. *World Development*, v .1. n 2, p 219-236.

KATSOULACOS, Y. (2022). 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. <https://doi.org/10.3897/brics-econ.3.e81036>.

KOKOULINA, Olga (2016). How Much Is Enough? Standard-Essential Patents and Abuse. *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.*, vol. 19, p. 89.

KRATTENMAKER & SALOP (1986). Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. *Yale L.J.*, vol. 96, p. 209.

KÜHN, K-U., MORTON, F. S. & SHELANSKI, H. (2013). Standard Setting Organizations Can Help Solve the Standard Essential Patents Licensing Problem. *CPI Antitrust Chronicle*, March (Special Issue).

LAFONTAINE, F., & SLADE, M. E. (2010). Transaction Cost Economics and Vertical Market Restrictions – Evidence. *The Antitrust Bulletin*, 55(3), 587-611. <https://doi.org/10.1177/0003603X1005500304>.

LAROUCHE, Pierre & Van OVERWALLE, Geertrui (2014). Interoperability Standards, patents and competition policy. *TILEC Discussion Paper*, Tilburg University, DP 2014-050, December.

LAROUCHE, Pierre & ZINGALES, Nicolo (2017). Injunctive Relief in FRAND Disputes in the EU—Intellectual Property and Competition Law at the Remedies Stage... TILEC Discussion Paper No. 2017-004, Tilburg Law School Research Paper No. 01/2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909708>

LAYNE-FARRAR, Anne (2017). The economics of FRAND. In: Roger D. Blair & Daniel Sokol (Ed.) *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 58-78.

LERNER, J & TIROLE, J. (2015). Standard-Essential Patents. *Journal of Political Economy*, 123(3):547-586

LEVIN, Richard; KLEVORICK, Alvin; NELSON, Richard & WINTER, Sidney. (1987). Appropriating the Returns from Industrial R&D. *Brookings Papers on Economic Activity*. 18. 783-832. [10.2307/2534454](https://doi.org/10.2307/2534454).

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

MACHER, J. e RICHMAN, B. (2008), Transaction Cost Economics: An Assessment of Empirical Research in the Social Sciences, *Business and Politics*, 10 (1), pp. 1-63.

MAGGIOLINO, M & ZOBOLI, L. (2021) The Intersection Between Intellectual Property and Antitrust Law In: Calboli, I. Montagnani, M.L. (eds) *Handbook on Intellectual Property Research.*, Oxford University Press.

MANSFIELD, E., SCHWARTZ, M., & WAGNER, S. (1981). Imitation Costs and Patents: An Empirical Study. *The Economic Journal*, 91(364), 907–918. <https://doi.org/10.2307/2232499>.

MANSFIELD, E. (1986). Patents and Innovation: An Empirical Study. *Management Science*, 32(2), 173–181. <http://www.jstor.org/stable/2631551>.

MANSFIELD, E. (1994). Intellectual Property Protection, Foreign Direct Investment, and Technology Transfer. *International Finance Corporation Discussion Paper*, World Bank, Washington, DC, 19.

MARINOVA, M. (2024). 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.

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

MELLO, M.T.L. (2009). Propriedade Intelectual e Concorrência. *Revista Brasileira de Inovação*, 8(2):445-482.

MELLO, M.T.L. e SILVA, E. (2023). 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.

MÉNARD, C. (2005). 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.

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

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

NICHOLAS, T (2003) 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, Cambridge University Press

OECD (2014) *Intellectual Property and Standard Setting*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 163, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/c49817a1-en>.

OECD (2025) *Competition and Intellectual Property In Latin America and The Caribbean*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No.25, OECD Publishing, Paris

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

POSNER, R. A. (1976). *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

RIBEIRO, E.P.; PONDÉ, J. L.; PRADO, L .C; LYRA, M P de O. (2024). 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).

RIBEIRO, E.P., MATTOS, C. (2018). 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. https://doi.org/10.1007/978-3-319-92831-9_7

SALGADO, L.H., BARBOSA, D.B. & ZUCOLOTO, G.F. (2011). Study on the Anti-Competitive Enforcement of Intellectual Property Rights: Sham Litigation. IPEA/ UERJ. https://works.bepress.com/lucia_salgado/20/

SALOP, S. C., & SCHEFFMAN, D. T. (1983). Raising Rivals' Costs. *The American Economic Review*, 73(2), 267–271. <http://www.jstor.org/stable/1816853>

SCHUMPETER, J A. (1911). *The Theory of Economic Development*. Oxford: Oxford University Press (1934 translation) .

SHAPIRO, C.; LEMLEY, M A. (2024) Role of Antitrust in Preventing Patent Holdup. *Revista Amagis Jurídica*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 13-80, jan. 2024. ISSN 2674-8908.

TAYLOR, C. T. & SILBERSTON, Z. A. (1973). *The Economic Impact of the Patent System – A Study of the British Experience*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

TEBECHRANI NETO, G.D. (2010). *Apropriação e Concorrência em uma Abordagem Evolucionária*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Economia, do IE/UFRJ (mimeo, 167p).

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

TORRISI, S.; GAMBARDELLA, A.; GIURI, P.; HARHOFFC, D.; HOISLC, K.; MARIANI, M. (2016). Used, blocking and sleeping patents: Empirical evidence from a large-scale inventor survey. *Research Policy*, 45, pp. 1374–1385.

TSAI, Joanna & WRIGHT, Joshua D. (2015). Standard setting, intellectual property rights, and the role of antitrust in regulating incomplete contracts. *Antitrust LJ*, 80: 157.

VARIAN, Hal R. (2014). *Intermediate microeconomics: a modern approach*. New York: W.W. Norton & Company,

WILLIAMSON, O. E. (1975). *Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: The Free Press.

WILLIAMSON, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press.

WILLIAMSON, O.E. (1991), Strategizing, economizing, and economic organization. *Strategic Management Journal*, 12: 75-94. <https://doi.org/10.1002/smj.4250121007>

WILLIAMSON, O. E. (1996). *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press.

WILLIAMSON, O.E. (1998). Transaction Cost Economics: How It Works; Where It is Headed. *De Economist*. 146, 23–58. <https://doi.org/10.1023/A:1003263908567>

WHINSTON, M. (1990). Tying, Foreclosure, and Exclusion, *Am. Econ. Rev.*, 80, 837

WHINSTON, M. D. (2001). Exclusivity and tying in *US v. Microsoft*: what we know, and don't know. *Journal of Economic perspectives*, 15(2), 63-80.

ZIEDONIS, R. H. (2004). Don't Fence Me In: Fragmented Markets for Technology and the Patent Acquisition Strategies of Firms. *Management Science*, 50(6), 804–820. <http://www.jstor.org/stable/30046120>.