JESSICA SATIE ISHIDA

**Licenciamento de patentes essenciais a um padrão técnico:
aplicabilidade da doutrina das *essential facilities***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Comercial, sob orientação da Prof.^a Doutora Juliana Krueger Pela.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2019

Ficha Catalográfica

Ishida, Jessica Satie

Licenciamento de patentes essenciais a um padrão técnico: aplicabilidade da doutrina das *essential facilities* / Jessica Satie Ishida; orientadora Juliana Krueger Pela. – São Paulo, 2019. 170 p.

Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito Comercial) -- Universidade de São Paulo, 2019.

1. Patentes essenciais. 2. Padrões tecnológicos. 3. Padronização. 4. Direito Concorrencial. 5. Essential Facilities. I. Krueger Pela, Juliana, orientadora. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

ISHIDA, Jessica Satie

Licenciamento de patentes essenciais a um padrão técnico: aplicabilidade da doutrina das essential facilities

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito - Área de Concentração: Direito Comercial.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Embora somente o meu nome apareça na capa como autora, a verdade é que o presente trabalho só foi possível em função do apoio de diversas pessoas, ainda que indiretamente. Por isso, não poderia deixar de mencionar meus pais, que possibilitaram que eu saísse de Manaus, cidade onde cresci, e me deslocasse por quatro mil quilômetros para morar em São Paulo.

À minha mãe, que me ensinou a ver o lado bom de todas as experiências, devo o ânimo para perseverar diante de percalços e tropeços. Ao meu pai, que já se foi, devo todos os ensinamentos sobre ter gratidão àqueles que contribuíram para a minha história, o que busco carregar comigo sempre. Aos dois, agradeço por todo o amor e suporte.

Sou extremamente grata também aos amigos (dentre os quais, incluo minha irmã) por todas as sugestões, encorajamento e compreensão pelas ausências relacionadas à elaboração desse trabalho. Mesmo quando estivemos distantes fisicamente, a rede de apoio proporcionada por eles foi essencial.

À Profa. Dra. Juliana Krueger, de quem tive a felicidade de ser orientanda e agradeço por toda a confiança e paciência, além por ser uma grande inspiração acadêmica não só para mim, mas para diversos alunos que tiveram a sorte de tê-la como professora.

Por fim, agradeço ao meu amado Fernando, que acompanhou este trabalho desde antes da existência de um projeto, pelas sugestões, leituras e revisões, mas sobretudo pelo carinho e por toda a vida maravilhosa que estamos construindo juntos.

RESUMO

ISHIDA, Jessica Satie. *Licenciamento de patentes essenciais a um padrão técnico: aplicabilidade da doutrina das *essential facilities**. 2019. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

O presente trabalho buscou avaliar se as características e o regime particulares das patentes essenciais à implementação de padrões técnicos, em comparação a patentes tradicionais, possibilitam a aplicação da doutrina das *essential facilities* a disputas de licenciamento sem que haja uma desnaturação do incentivo à inovação. Parte-se de duas noções fundamentais: i) o incentivo à inovação está intimamente relacionado a um ambiente concorrencial hígido e ii) a racionalidade econômica das patentes depende do monopólio jurídico temporário conferido pelo registro, o que seria, a princípio, prejudicado pela doutrina das *essential facilities*. Para enfrentar o problema proposto, optou-se pelo o método de revisão integrativa da literatura por meio de uma lente dedutiva. Concluiu-se que a doutrina das *essential facilities* constitui um instrumento útil para firmar uma visão concorrencial a respeito do licenciamento de patentes essenciais. Nesse sentido, a lógica de compartilhamento inerente à doutrina das *essential facilities* resgata o interesse público existente tanto nas patentes em si, quanto na padronização associada a efeitos de rede, criando-se condições favoráveis à concorrência e, conseqüentemente, à inovação.

Palavras-chave: Patentes essenciais. Padrões tecnológicos. Padronização. Direito Concorrencial. *Essential Facilities*.

ABSTRACT

ISHIDA, Jessica Satie. **Licensing of standard essential patents:** applicability of the essential facilities doctrine. 2019. 170 p. Dissertation (Masters in Commercial Law) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

The present work sought to evaluate if the particular characteristics and the regime of the standard essential patents, in comparison to traditional patents, allow the application of the essential facilities doctrine to licensing disputes without denaturing the incentives for innovation. It follows two fundamental notions: i) incentives for innovation are closely related to a healthy competitive environment; and ii) the economic rationality of patents depends on the temporary legal monopoly conferred by the registration, which would in principle be undermined by the essential facilities doctrine. In order to face the proposed problem, the method of integrative literature review with the use of deductive lens was chosen. It was concluded that the essential facilities doctrine is a useful tool for establishing a competition law view on the licensing of essential patents. In this sense, the logic of sharing inherent to the essential facilities doctrine rescues the public interest that exists in the patents themselves, as well as in the standardization associated with network effects, creating favorable conditions for competition and, consequently, innovation.

Keywords: Standard essential patents (SEP). Technological standards. Standardization. Competition Law. Essential Facilities

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. PADRÕES TÉCNICOS E <i>STANDARD SETTING ORGANIZATIONS</i>	13
1.1. Conceituação inicial	13
1.1.1 Padrões de compatibilidade	13
1.1.2 Padrões <i>de facto</i> e <i>de jure</i>	15
1.1.3 Padrões abertos e fechados	17
1.2. <i>Standard Setting Organizations</i> (SSOs)	18
1.3 Declaração de essencialidade de patentes necessárias à implementação de padrão técnico	22
2. PATENTES ESSENCIAIS E LICENCIAMENTO	27
2.1. Influência dos efeitos de rede	27
2.2. Intensificação do interesse público	31
2.3. O compromisso FRAND	34
2.4. Limitação ao exercício do direito de exclusividade	40
2.4.1 Vedação da recusa de licenciar	40
2.4.2 Padrões mínimos de negociação	43
3. ANÁLISE PELO DIREITO CONCORRENCIAL	47
3.1. Direito concorrencial como ferramenta para disputas em propriedade intelectual e em patentes essenciais	47
3.2. Debates sobre a insuficiência de soluções meramente contratuais	53
3.3. Recorte necessário: condutas anticompetitivas unilaterais	57
3.4. Direito concorrencial no licenciamento de patentes essenciais	59
3.4.1 Experiência estrangeira.....	59
3.4.1.1 <i>Broadcom v. Qualcomm</i>	60
3.4.1.2 <i>Rambus v. FTC</i>	62
3.4.1.3 <i>FTC v. Qualcomm</i>	66
3.4.1.4 <i>Motorola</i>	72
3.4.1.5 <i>Samsung</i>	74
3.4.1.6 <i>Huawei v. ZTE</i>	78
3.4.2 Experiência brasileira	83
3.4.2.1 <i>TCT/Ericsson (Ações judiciais)</i>	84
3.4.2.2 <i>TCT e Ericsson (Representação no Cade)</i>	85
3.4.2.3 <i>Vringo v. ZTE</i>	88
3.4.2.4 <i>Videolar e Philips</i>	90
3.4.2.5 <i>Compromisso de licenciamento de patentes por detentores de posição dominante</i>	93
3.4.2.5.1 <i>Ato de Concentração Axalto/Gemplus</i>	94

3.4.2.5.2 Ato de concentração Videolar/Innova	97
3.4.2.6 Acordo de Cooperação Técnica INPI-Cade	98
3.4.3 Síntese	100
4. DOUTRINA DAS <i>ESSENTIAL FACILITIES</i> E AS PATENTES ESSENCIAIS..	103
4.1. Apontamentos sobre a doutrina das <i>essential facilities</i>.....	103
4.2. Debates sobre a compatibilidade da propriedade intelectual com a doutrina das <i>essential facilities</i>.....	121
4.2.1 Contexto estrangeiro	121
4.2.2 Contexto brasileiro	129
4.3. Elementos da imposição de licenciar patentes essenciais a partir da doutrina das <i>essential facilities</i>.....	130
4.3.1 Criação de sinergias decorrentes do compartilhamento.....	132
4.3.2 Validade da patente essencial	134
4.3.3 Essencialidade da patente essencial	134
4.3.4 Recusa de licenciamento	136
4.3.5 Inexistência de tecnologias alternativas	137
4.3.6 Responsabilidade especial de detentores de posição dominante e função social da propriedade.....	140
4.3.7 Possibilidade de se estimar o preço de acesso	143
4.4 A doutrina das <i>essential facilities</i> como lente para a compreensão do licenciamento de patentes essenciais	145
CONCLUSÕES	145
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	157

INTRODUÇÃO

Diante do surgimento de uma miríade de novas tecnologias a todo momento, esforços de padronização tecnológica ganham importância ao assegurar uma compatibilidade entre diferentes dispositivos, sendo este um propósito que, em tese, atende tanto aos anseios dos consumidores quanto da própria indústria desenvolvedora dos produtos que adotarão os padrões técnicos¹.

Em função dessa importância, os padrões tecnológicos de compatibilidade são comumente escolhidos no âmbito de organizações de padronização, conhecidas pelo termo *Standard Setting Organizations* (SSO)². Todo o processo de escolha é organizado voluntaria e consensualmente entre os membros das SSOs, dentre os quais geralmente estão empresas desenvolvedoras e/ou implementadoras de tecnologia, agentes com interesse direto na existência de padrões técnicos.

Ainda, por envolverem soluções a problemas técnicos, muitos padrões demandam a aplicação de tecnologias protegidas por meio de patentes, resultando na necessidade de que todos os interessados em implementar o padrão em seus produtos busquem o licenciamento dessas patentes, sob o risco de se infringir direito patentário alheio. Atualmente, isso atinge em particular os participantes de mercados dotados de efeitos de rede – caso de praticamente todos os mercados do setor de tecnologia da informação e comunicação (ICT) e tecnologia da informação (TI)³.

Consequentemente, uma sistemática de licenciamento se torna indispensável para evitar abusos e proporcionar a efetiva difusão de tecnologia, razão pela qual as SSOs costumam exigir dos titulares das patentes consideradas essenciais à implementação do padrão tecnológico⁴ a assunção de um compromisso prévio à escolha do padrão: o

¹ A interoperabilidade é importante pois, conforme Hovenkamp, quanto maior a complexidade de um determinado mercado, maior o potencial de ganhos de eficiência pelo estabelecimento de padrões – desde que esses padrões sejam efetivamente comunicados aos consumidores. Cf. HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust Interface. Issues in Competition Law*, ABA, 2008, p. 1998.

² Em geral, essas organizações são de natureza privada, podendo estar sujeitas a algum nível de supervisão pelo Poder Público. Um exemplo é a Organização Internacional para Normalização (ISSO).

³ *Information and Communications Technology* (ICT) se refere ao âmbito de tecnologias de telecomunicação ou comunicação digital que permitem a comunicação entre sistemas. Já Tecnologia da Informação (TI) diz respeito a tecnologias baseadas em computadores.

⁴ Daí a serem conhecidas, pela doutrina e jurisprudência estrangeira, como *standard-essential patents*. Doravante, serão referidas como “patentes essenciais”.

compromisso de licenciamento patentário sob termos justos, razoáveis e não discriminatórios, conhecidos pelo acrônimo “FRAND” – *fair, reasonable, and non-discriminatory*.

Ocorre que as SSOs não apresentam definições específicas acerca desses termos e, ademais, não se envolvem diretamente no processo de licenciamento, deixando-o a cargo dos interessados. A grande quantidade de litígios e disputas envolvendo patentes essenciais⁵ sugere que a mera existência do compromisso é insuficiente para evitar ou solucionar todos os problemas envolvidos no licenciamento de patentes essenciais.

Nesse contexto, o poder econômico e a posição dominante conferidos aos titulares de patentes essenciais justamente em função da padronização cria incentivos para a prática de condutas nocivas ao ambiente concorrencial, trazendo-se assim a questão para o âmbito do direito concorrencial.

Para a presente pesquisa, pretende-se analisar a recusa de licenciar ou de comportamentos do titular que sejam incompatíveis com os termos FRAND como capazes de invocar a imposição de licenciamento com fundamento na doutrina das *essential facilities*.

Originalmente aplicada a bens físicos, essa doutrina cria um dever ativo de acesso a infraestruturas preexistentes e imprescindíveis ao desenvolvimento de atividade econômica em regime de concorrência com agentes já estabelecidos no mercado, não podendo estes últimos se recusarem a fornecer o acesso.

Trata-se de uma situação excepcional na qual um agente, em função de posição privilegiada no mercado e de grande dificuldade em se duplicar a infraestrutura por ele controlada, tem afastada a sua liberdade de contratar, eis que o Estado lhe impõe a obrigação

⁵ Um estudo empírico realizado por Pohlmann e Blind, com base em dados de 1993 a 2015, conclui que o número de litígios dessa natureza tem crescido. Ainda assim, considerando-se a importância das patentes essenciais, as partes aparentemente consideram que tais disputas valem a pena: “The success of new technology standards (e.g. WiFi, LTE, Bluetooth) implemented in worldwide devices also had a noticeable effect on the number of disputes. (...) Since the mid-2000s the amount of litigation relating to SEPs has increased dramatically. Widely debated cases such as Motorola versus Microsoft or Apple versus Samsung demonstrate not only that cases involving SEPs are more frequent, but also that the length and size of the disputes have increased. The fact that two parties are willing to fight in court for several years reflects the growing financial impact of declared SEPs. While numbers truncate for later years, the trend of litigated declared SEPs has been constantly increasing.” (POHLMANN, Tim; BLIND, Knut. *Landscaping study on Standard Essential Patents* (SEPs) (Relatório). Iplytics, 2016, p. 23-24. Disponível em: <http://www.iplytics.com/wp-content/uploads/2017/04/Pohlmann_Iplytics_2017_EU-report_landscaping-SEPs.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.)

de fazê-lo sob termos considerados razoáveis e não discriminatórios, atitude fundada no risco de a recusa de contratar gerar efeitos anticompetitivos no mercado em questão.

Com as mudanças tecnológicas e a crescente valorização da propriedade imaterial, criou-se o entendimento de que a doutrina das *essential facilities* seria aplicável aos direitos de propriedade intelectual, não obstante a variação de graus de aceitação dessa aplicação na doutrina e jurisprudência europeia e estadunidense⁶. A preocupação é que a possibilidade de imposição de compartilhamento elimine ou desnature o incentivo de se investir em propriedade intelectual e, no limite, desincentive a inovação, sendo preferível soluções privatistas a soluções concorrenciais.

Alguns fatores explicam o surgimento dessa adaptação da doutrina. Conforme FORGIONI, no século XXI, a partir da chamada Nova Economia, o foco do comércio – que no século XX se resumia em petróleo, aço e mão de obra – passa a ser informação, tecnologia e conhecimento⁷. Ainda, PITOFISKY afirma que a “novidade” da Nova Economia é sua crescente dependência de produtos e serviços fundados em ideias⁸. Há uma mudança nas prioridades de investimento, crescendo em importância a propriedade de bens imateriais, o que leva a uma atribuição de poder econômico (e, por vezes, político) muito maior àqueles que detêm direitos de propriedade intelectual⁹.

⁶ Cf. PITOFISKY, Robert; PATERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, n. 70, abr./2010, p. 444. Vide também NESTER, Alexandre Wagner. Teoria das *Essential Facilities* e Propriedade Intelectual. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, p. 109-128, 2010; ULLRICH, Hanns. Mandatory Licensing Under Patent Law and Competition Law: Different Concerns, Complementary Roles. In: HILTY, Reto M.; LIU, Kung-Chung (eds.). *Compulsory Licensing – Practical Experiences and Ways Forward*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 22. Heidelberg: Springer, p. 333-376, 2015; LIPSKY Jr., Abbott B.; SIDAK, J. Gregory. Essential Facilities. *Stanford Law Review*, vol. 51, n. 5, p. 1187-1249, Maio/1999; e HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D.; LEMLEY, Mark A. Unilateral Refusals to License in the US. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, n. 303, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=703161>>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁷ Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 317-18.

⁸ Cf. PITOFISKY, Robert. Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy. *Berkeley Tech. Law Journal*, n. 16, 2001, p. 536. Basta ver que, em 2017, as cinco maiores companhias (de acordo com informações da S&P Dow Jones Indices), são Apple, Alphabet (holding da Google), Microsoft, Amazon e Facebook, cujo negócio principal está relacionado a bens imateriais (TAPLIN, Jonathan. Is It Time to Break Up Google? *New York Times*, 22 abr. 2017. Disponível em <https://www.nytimes.com/2017/04/22/opinion/sunday/is-it-time-to-break-up-google.html>. Acesso em: 18-06-2017).

⁹ Nesse sentido, Paula Forgioni: “Na Nova Economia, os detentores dos direitos de propriedade intelectual determinam quem utilizará e controlará os mais importantes ativos da sociedade, ou seja, quem e de que forma poderá dispor desses bens” (*Os fundamentos...* cit., p. 318.).

Nesse sentido, a racionalidade econômica das patentes parte do monopólio jurídico temporário conferido pelo registro, com a expectativa de se compensar investimentos em Pesquisa & Desenvolvimento (P&D) e receber retorno financeiro pelo exercício da exclusividade¹⁰. A titularidade da patente confere ao agente a faculdade de excluir o acesso por terceiros, fortalecendo sua prerrogativa de liberdade de contratar (licenciar)¹¹, inclusive no tocante à possibilidade de recusa ou, no mínimo, de poder decidir sob quais termos a licença será concedida.

Entretanto, a oponibilidade desse direito não pode ser absoluta. Entende-se que a atribuição de poder econômico pelo direito de exclusividade possa ocasionar em distorção, e não fomento, do jogo concorrencial¹², resultado oposto ao incentivo tradicionalmente esperado da propriedade intelectual. Em reconhecimento a esse potencial efeito negativo, comportamentos abusivos por parte dos titulares podem ser fundamento para a restrição dos direitos de propriedade intelectual¹³. No Brasil, a possibilidade de abuso dos direitos de propriedade intelectual é prevista tanto na Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), em seu art. 68, *caput*, quanto na Lei nº 12.529/11 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), nos arts. 36, §3º, incisos XIV e XIX, e 38, IV, a.

No caso das patentes essenciais, entende-se que, além das possibilidades gerais de abuso da propriedade intelectual, o potencial para abusividade se origina da necessidade inafastável de utilização de determinadas tecnologias protegidas por patentes, sob o risco de se impedir a permanência ou o acesso, por parte de agentes econômicos que não sejam seus titulares, a mercados dotados de padronização.

Por essa razão, torna-se relevante a visão dessa propriedade intelectual a partir da lógica de compartilhamento das *essential facilities*. Se a propriedade intelectual em geral “é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força

¹⁰ Ainda assim, ressalta-se que não está embutido, na concessão do registro, o *direito* a essa compensação e/ou lucro, somente a mera expectativa. Nesse sentido, cf. ULLRICH, Hanns. FRAND Access to Open Standards and the Patent Exclusivity: Restating the Principles. *Competition Law Review*, n.2, maio/2017, p. 7. Disponível em: <<http://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2017/articles/frand-access-to-open-standards-and-the-patent-exclusivity-restating-the>>. Acesso em: 15-05-2017.

¹¹ Cf. SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2008, p. 172.

¹² *Ibid.*, p. 320.

¹³ Como exemplo, o acordo TRIPS, em seu artigo 8, parágrafo 2º, dispõe que “poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia”. Contudo, admite-se que nem todos os países signatários adotam sanções nesse sentido.

concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade”¹⁴, isso parece ser particularmente problemático no que se refere às patentes essenciais, pois estas se apresentam como uma dupla fonte de interesse público: tanto pelas próprias patentes, em seu objetivo de incentivo à inovação, quanto pela padronização que, em última análise, também configura estímulo significativo à inovação, trazendo ganhos de eficiência, sustentando a interoperabilidade de produtos de diferentes fabricantes, reduzindo custos de transação e possibilitando economias de escala.

Considerando que o incentivo à inovação está intimamente relacionado a um ambiente concorrencial hígido¹⁵, o direito concorrencial e, especificamente, a doutrina das *essential facilities*, pode ser uma ferramenta útil e, por vezes, necessária para solucionar problemas relacionados ao acesso a patentes essenciais. De fato, o problema desta pesquisa se resume ao seguinte questionamento: as características e o regime particulares das patentes essenciais, em comparação a patentes não essenciais, tornam possível a aplicação da doutrina das *essential facilities* a situações de licenciamento sem que haja uma desnaturação do incentivo à inovação inerente ao direito patentário?

Diante disso, parte-se da hipótese de que, constituindo-se a doutrina das *essential facilities* em uma obrigação de acesso pautada na necessidade de se fomentar a concorrência (da qual a propriedade intelectual depende para fortalecer o incentivo à inovação), tal abordagem preservaria o duplo interesse público existente no tocante às patentes essenciais, o que não seria possível caso se adotasse uma solução puramente de direito contratual, mais privatista, que admitisse interpretações mais restritivas do dever de acesso.

Trata-se de tema ainda pouco explorado – em especial, no contexto brasileiro –, mas que carrega consigo uma relevância muito grande diante da expansão dos já mencionados mercados de ICT e TI dotados de efeitos de rede, incluindo-se toda a cadeia de produtos da chamada Internet das Coisas (IoT).

Para enfrentar o problema proposto, optou-se pelo o método de revisão integrativa da literatura com lente dedutiva. Considera-se revisão da literatura a sintetização “[d]o estado

¹⁴ FORGIONI, *Os fundamentos...*, cit., p. 316.

¹⁵ “Repare-se, na verdade, que a permissão normativa de constituição e gozo de direitos de propriedade intelectual desempenham ainda uma função concorrencial (ou competitiva). Por exemplo, a outorga de direito de patente ou modelo de utilidade visa, apesar de tudo, incentivar a concorrência no mercado baseada na inovação tecnológica, principalmente se a esse exclusivo for reconhecido um âmbito de proteção adequado ao sector tecnológico onde a inovação seja realizada” (MARQUES, J. P. Remédio. Propriedade intelectual e interesse público. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 79, 2003, p. 321).

acumulado do conhecimento (...) destacando importantes questões e tendências naquele corpo doutrinário.”¹⁶ Nesse sentido, o revisor

molda um todo coerente dentro de uma estrutura compreensiva e sistemática, (...) descrevendo como aquela questão em particular é conceituada na literatura, como os métodos de pesquisa e teorias influenciam os resultados, os pontos fortes e fracos da literatura. Em resumo, avalia criticamente o material já publicado¹⁷.

Por *literatura* se compreende “livros, artigos de periódicos, artigos de jornais, registros históricos, relatórios governamentais, teses e dissertações e outros tipos”¹⁸.

A escolha do método é justificada em função do conteúdo do questionamento exposto: será necessário, por meio da análise das características e regimes particulares das patentes essenciais, explorar a viabilidade da aplicação da doutrina das *essential facilities* com preservação da lógica de incentivo à inovação que é característica das patentes tradicionais. Diante da dificuldade de aferir os níveis de inovação, a revisão da literatura possibilitará uma análise da existência de outros mecanismos (expectativa de padronização bem-sucedida, redução de custos por eliminação de tecnologias em duplicidade, dentre outros) capazes de assegurar ou engendrar incentivos nesse sentido.

Para a concretização dessa proposta, cumpre promover uma análise da literatura especializada produzida sobre o objeto da pesquisa para se verificar os elementos característicos das patentes essenciais face aos direitos inerentes às patentes tradicionais.

Além disso, para o desenvolvimento da proposta, explorar-se-á a literatura referente à aplicação da doutrina das *essential facilities* para o compartilhamento de propriedade intelectual, especialmente patentes. Embora a origem do conceito de *essential facilities* seja uma construção jurisprudencial referente ao compartilhamento de estruturas *físicas* que,

¹⁶ Tradução livre do seguinte trecho: “An Integrative Research Review synthesizes the accumulated state of knowledge (...), highlighting important issues and trends in that body of scholarship” (ELSEVIER. *A guide for writing scholarly articles or reviews for the Educational Research Review*. 2014, p. 4. Disponível em: <https://www.elsevier.com/_data/promis_misc/edurevReviewPaperWriting.pdf>. Acesso em 20 mai. 2016.)

¹⁷ Tradução livre do seguinte trecho: “The reviewer shapes a coherent whole within a comprehensive, systematic structure (comparable with primary research) describing how the particular issue is conceptualized within the literature, how research methods and theories have shaped the outcomes, strengths and weaknesses of the literature. In short, it critically evaluates material that has already been published” (ELSEVIER. *A guide for writing scholarly articles or reviews for the Educational Research Review*. 2014, p. 4. Disponível em: <https://www.elsevier.com/_data/promis_misc/edurevReviewPaperWriting.pdf>. Acesso em 20 mai. 2016.)

¹⁸ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Instituto de Psicologia - Biblioteca Dante Moreira Leite. *O que é revisão da literatura?* Disponível em: <http://www.ip.usp.br/porta/imagens/biblioteca/revisao.pdf>. Acesso em 20 mai. 2016.

mais tarde, passou a ser aplicada a bens imateriais, foi na literatura especializada que esse entendimento ganhou força, especialmente diante de uma grande instabilidade de requisitos judiciais para a aplicação da doutrina.

Ainda assim, esclarece-se que, nos Capítulos 3 e 4 deste trabalho, a análise bibliográfica será complementada por uma análise jurisprudencial, de forma a trazer uma maior concretude à discussão e para que se possa discutir os elementos concorrenciais levantados nos casos. Por fim, ressalta-se que, não obstante a doutrina das *essential facilities* ter origem em direito estrangeiro, compreende-se como desnecessária a utilização dos métodos do direito comparativo para a proposta, já que a doutrina já está integrada tanto à literatura quanto à jurisprudência nacionais, afastando, assim, a percepção de mera transposição de institutos jurídicos estrangeiros.

O trabalho foi estruturado em quatro capítulos.

Inicialmente, o Capítulo 1 apresenta uma contextualização dos processos para a escolha, estabelecimento e adoção de padrões técnicos, ressaltando o papel das organizações para estabelecimento de padrões tecnológicos (as *Standard Setting Organizations* – SSOs) e a necessidade de divulgação, por parte dos titulares, de patentes essenciais ou potencialmente essenciais ao padrão em desenvolvimento. Assim, tem-se como ponto de partida a utilização de padrões tecnológicos de compatibilidade estabelecidos no âmbito das SSOs.

O Capítulo 2 esclarece as patentes essenciais como desdobramento *sui generis* do direito patentário, eis que, em função de efeitos de rede e de um interesse público intensificado pela padronização, o exercício do direito de exclusividade inerente ao registro patentário é potencializado, o que se busca mitigar por meio da autoimposição de uma obrigação de licenciamento sob termos FRAND.

Em seguida, o Capítulo 3 discute as patentes essenciais sob a ótica dos fundamentos do direito concorrencial para se assegurar o respeito ao compromisso FRAND assumido pelos titulares de patentes essenciais. Aqui, foram examinados casos norte-americanos, europeus e brasileiros de patentes essenciais nos quais houve uma abordagem concorrencial, de forma a se extrair os elementos envolvidos na análise. Diante da escassez de casos brasileiros, também foram analisados casos emblemáticos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) nos quais a preocupação com a higidez concorrencial determinou

a imposição de licença compulsória prévia, o que teria uma lógica semelhante ao dever de acesso do compromisso FRAND.

Com base nisso, o Capítulo 4 apresenta, primeiramente, um exame doutrinário e jurisprudencial da doutrina das *essential facilities* por ordenamentos com tradição no seu estudo e aplicação (Estados Unidos e União Europeia), visando a promover uma compreensão do tema. Após a apreciação dessa experiência estrangeira, na qual se constatou diferenças entre as abordagens europeia e estadunidense, passa-se a uma exposição crítica da experiência brasileira, com levantamento do histórico de decisões do Cade para fins de verificação de posicionamento. Ato contínuo, e ainda neste derradeiro capítulo, propôs-se uma análise da doutrina das *essential facilities* como subsídio *ex ante* e *ex post* ao licenciamento de patentes essenciais: inicialmente, fundamenta a lógica do compromisso prévio de compartilhamento determinado pelo compromisso FRAND. Depois, pode surgir como forma de remediar potenciais abusos originados pela recusa de licenciar patentes essenciais ou comportamentos do titular que sejam incompatíveis com os termos FRAND, tendo sido estabelecidos alguns elementos a serem considerados no momento da análise.

Por fim, o trabalho se encerra com uma reflexão sobre os debates expostos nos capítulos anteriores, concluindo-se que a doutrina das *essential facilities* é um instrumento útil para firmar uma visão concorrencial do licenciamento de patentes essenciais, resgatando-se, com esta, o interesse público decorrente tanto das patentes em si, quanto da padronização associada a efeitos de rede.

Portanto, nessas condições, a devolução das negociações às partes seria insuficiente para assegurar a ótica concorrencial no cumprimento do dever de compartilhamento assumido pelo titular de patente essencial quando da inclusão desta em padrão tecnológico, solucionando apenas parte do problema.

Nesse aspecto, em que pese sua natureza contratual, a análise do dever de compartilhamento FRAND revela uma convergência com os objetivos da doutrina das *essential facilities*, enfatizando-se o intuito concorrencial subjacente ao compromisso.

De fato, a legitimidade do poder econômico e da posição dominante adquiridos pelo titular a partir da padronização seria condicionada ao efetivo cumprimento do compromisso FRAND de compartilhamento, devendo este ser compreendido de forma ampla, de acordo com as balizas impostas pela função social e pela responsabilidade especial dos agentes dominantes (vide item 4.3.6). Não se realizando essa condição, esvai-se a legitimidade do exercício, vez que o poder econômico e a posição dominante só existem em contrapartida ao compromisso FRAND.

A lógica estabelecida pela doutrina das *essential facilities* confere, simultaneamente, subsídio à restrição prévia do poder econômico a ser adquirido pelos titulares após o processo de padronização (constituindo o fundamento de acesso a um bem intelectual cuja importância pode equivaler àquela de uma infraestrutura) e, no caso de violação do dever de compartilhamento, apresenta uma medida *ex post* de acesso.

Ademais, identifica-se no licenciamento nessas condições alguns mecanismos voltados a afastar as preocupações acerca da criação de desincentivos à inovação³⁸⁰, seja ao titular atingido pela licença compulsória, seja a outros agentes econômicos.

Primeiro, em relação aos incentivos relativos aos titulares de patentes essenciais, por ter o dever de compartilhamento sido assumido voluntariamente pelo titular de patentes essenciais. Em uma análise superficial, haveria incompatibilidade desse dever com a exclusividade inerente ao direito patentário, fundamento principal do incentivo à inovação. Contudo, argumentar que o compartilhamento desincentiva a inovação se torna incoerente quando o próprio titular se dispôs a flexibilizar o exercício direito de exclusividade. A conduta do titular nesse sentido indica que (i) a expectativa de ganhos obtidos com a

³⁸⁰ Cf., por exemplo, LIPSKY Jr.; SIDAK, *Essential...*, cit., p. 1219-1220; HOVENKAMP; JANIS; LEMLEY. *Unilateral...*, cit., passim; e REICHENBERGER, *The Role...*, cit., p. 550-560.

interoperabilidade e a padronização ultrapassam as perdas decorrentes do compartilhamento obrigatório e (ii) o incentivo à inovação, no caso das patentes essenciais, pauta-se também na expectativa de obtenção desses ganhos decorrentes da interoperabilidade e padronização, não somente na exclusividade. Isso demonstra como a questão do incentivo é mais complexa do que a simples expectativa de recebimento de lucros monopolistas (o que se buscou preservar no caso *Trinko*, discutido no item 4.2.1), sendo insuficiente descartar a aplicação da doutrina com base nessa linha argumentativa.

Tem-se como premissa que o titular sopesou as vantagens e desvantagens, e os ganhos e as perdas decorrentes da padronização, antes de vincular sua patente a ela³⁸¹. Exceto na hipótese de o titular contar com a desnecessidade de cumprimento desse dever, sua anuência sugere que a padronização possa neutralizar as eventuais desvantagens³⁸², constituindo-se o dever de compartilhamento em uma escolha racional. Ressalva-se que a busca pela recuperação de investimentos e/ou a obtenção de retornos financeiros não configura excludente de atuação do direito concorrencial³⁸³ e, no caso da propriedade intelectual, tal recuperação/obtenção é meramente uma expectativa, não uma certeza.

Enfatiza-se, ainda, que a patente licenciada continuaria sendo essencial para a implementação de padrão tecnológico, mantendo-se o poder econômico e posição dominante obtidos pelo titular, e o estímulo à concorrência *pelos* mercados de padronização. Vale dizer que o Cade já adotou solução com efeitos semelhantes, como visto nos casos discutidos no item 3.4.2.5, nos quais se determinou o licenciamento amplo em função da importância de determinadas tecnologias ao mercado (verdadeiros padrões *de facto*).

³⁸¹ Cf. MELAMED; SHAPIRO. *How Antitrust...*, cit., p. 2118.

³⁸² É essa a opinião de Lemley: “Companies that do not want to relinquish rights in their IP have a choice: they can decline to participate in the SSO altogether, or they can withdraw from consideration of a particular standard in which they have an interest. (...) The only companies for whom this will not be a realistic choice are the ones whose goal is to push for group adoption of a standard to which they own the rights. But there is no reason such companies should have it both ways. If the SSO permits licensing on reasonable and nondiscriminatory terms, IP owners do not need to retain any further rights unless their true goal is to hold up members after the standard is adopted.” (LEMLEY, Mark A. *Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations*. *California Law Review*, n. 90, 2002, p. 1945). Lemley também considera incabível uma justificativa pautada em “desconhecimento” por parte do titular: “When companies who voluntarily agree to license IP on reasonable and nondiscriminatory terms are operating under a veil of ignorance – that is, when they don’t know whether the rule will help or harm them – they may be presumed to do so because they believe the licensing requirement to be the best policy for the SSO as a whole.” (Op. cit., p. 1946).

³⁸³ “(...) antitrust law does not permit a firm introducing a new product or technology to act anticompetitively on the ground that it cannot otherwise obtain sufficient compensation for its sunk R&D costs.” (MELAMED; SHAPIRO. *How Antitrust...*, cit., p. 2119).

Em um segundo ponto, relativo aos agentes na segunda camada – implementadores de padrões tecnológicos –, o dever de compartilhamento propicia um acesso mais amplo aos mercados dotados de padronização, o que traz maior incentivo à inovação por meio do estímulo à concorrência *nestes* mercados, como destacado no Capítulo 3. Há um aproveitamento mais intenso dos benefícios dos efeitos de rede associados à padronização, como a interoperabilidade e e custos menores por ausência de tecnologias em duplicidade, mediante o desenvolvimento de mais produtos e serviços fundados no padrão.

A restrição ocasionada pela doutrina das *essential facilities* é compensada pela existência de outros mecanismos capazes de preservar o incentivo à inovação. Nesse sentido, a imposição do cumprimento do dever de licenciamento está em consonância com a defesa da concorrência enquanto regime institucional que tem a inovação como um de seus objetivos. Além disso, em função deste objetivo, converge com o propósito da propriedade intelectual.

Logo, a solução mais adequada para a restrição de acesso a patentes essenciais seria a imposição de compartilhamento a partir da lógica das *essential facilities*, que reequilibra o ambiente concorrencial e cria um desincentivo muito mais contundente a práticas do titular que não se encaixem no compromisso FRAND.

Nessa lógica, a questão do acesso e do consequente fomento concorrencial, que é de interesse público, sobrepõe-se ao direito de exclusividade. Constatou-se que algumas das soluções adotadas pelos casos discutidos no Capítulo 3 contemplam esta visão, ainda que de forma indireta. Entretanto, verifica-se uma instabilidade e, em determinados casos, uma resistência em se enxergar o compromisso de licenciamento de patentes essenciais como um instrumento concorrencial. A compreensão da doutrina das *essential facilities* enquanto subsídio à restrição prévia do poder econômico e solução *ex post* (conforme elementos estruturantes discutidos nesse capítulo) harmoniza esse aspecto.

Ainda que se entenda pela não aplicação da doutrina das *essential facilities* em si, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro admite a utilização de regras pró-concorrenciais que eventualmente levem a uma restrição da livre iniciativa, consubstanciada na recusa de licenciar ou livre escolha dos termos desse licenciamento.

Embora um elemento da livre iniciativa seja a liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa³⁸⁴, o que implicaria, dentre outras acepções, uma “neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”³⁸⁵, constata-se que este princípio não é puramente privatista:

A livre iniciativa, ademais, é tomada no quanto expressa de **socialmente valioso**; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, livre iniciativa é expressão de liberdade titulada pelo capital, mas também pelo trabalho. (grifos nossos)³⁸⁶

Ademais, o princípio da livre concorrência se baseia na premissa de que “uma economia de mercado, com decisões descentralizadas pelos agentes econômicos”, seria a melhor forma de organização da economia, e de que “ela só pode funcionar de maneira minimamente adequada se houver rivalidade entre os agentes econômicos em seus esforços para disponibilizar e adquirir bens e serviços no mercado”³⁸⁷. Parte-se da noção de que a existência de rivalidade depende tanto da ausência de interferência por parte do Estado (por meio de regras injustificadamente restritivas) quanto por outros agentes econômicos, na forma de acordos anticompetitivos entre si ou práticas abusivas por detentores de poder econômico. O Estado teria então a dupla função de não restringir a atividade dos agentes (*non facere*) e impedir que outros agentes tentem fazê-lo de forma injustificada³⁸⁸.

Novamente, enfatiza-se que tanto o incentivo à inovação objetivado pela concessão de propriedade intelectual, quanto a padronização, evidenciam interesses públicos que só podem ser adequadamente preservados sob um viés concorrencial. Mais especificamente, a atuação concorrencial no caso das patentes essenciais resultaria no compartilhamento compulsório de propriedade privada, com fundamento na sujeição da propriedade intelectual ao princípio da função social, balizador dos direitos de propriedade³⁸⁹.

³⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19a. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 198.

³⁸⁵ GRAU. *A Ordem Econômica...*, cit., p. 200.

³⁸⁶ Op. cit, p. 208.

³⁸⁷ CASAGRANDE, Paulo L. Regulação Pró-concorrencial de Acesso a Ativos de Infraestrutura: Regime Jurídico e Aspectos Econômicos. In: BARRIONUEVO FILHO, Arthur; MACEDO, Bernardo Gouthier; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123.

³⁸⁸ Idem.

³⁸⁹ Especialmente os direitos de propriedade que recaem sobre bens de produção, conforme ressaltado por Eros Grau: “O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da

Considerando que a propriedade intelectual serve para “atribuir incentivo competitivo às empresas, e não para agraciar-lhes com poder ilimitado de propriedade”³⁹⁰, esse caráter publicista aproximaria os direitos de propriedade intelectual do alcance da função social.

Quando interpretados em conjunto, os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e função social permitem uma limitação do direito de exclusividade conferido às patentes para a coibição do poder econômico, devendo o Estado combater restrições injustificadas praticadas por determinado agente a concorrentes.

Por isso, entende-se que a necessidade de compartilhamento não desaparece com o afastamento da doutrina das *essential facilities*. Mesmo que o nome da doutrina não seja invocado, a sua lógica e os seus elementos permanecem, pois a única forma de se preservar o intuito da padronização, quando associada à propriedade intelectual, é compreender esta como infraestrutura tecnológica, sujeita a regras de acesso aberto e amplo. Aqui, o objetivo principal do compartilhamento é a promoção de uma maior rivalidade entre os agentes, entendida como um benefício para o mercado e para a sociedade como um todo. Portanto, a essência e o efeito final seriam bastante semelhantes aos preconizados pela doutrina das *essential facilities*.

propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder de defluir da propriedade”. (GRAU. *A Ordem Econômica...*, cit., p. 243)

³⁹⁰ FORGIONI. *Os Fundamentos...*, cit., p. 319.

CONCLUSÕES

A interface entre a concorrência e a propriedade intelectual depende de equilíbrio entre os objetivos dispostos por cada um, podendo estes serem mais ou menos proeminentes de acordo com a situação sob análise. Não é diferente no caso do licenciamento de patentes essenciais à implementação de padrões tecnológicos.

Tais padrões se tornam cada vez mais relevantes para o desenvolvimento tecnológico, fortemente pautado, nos mercados de ICT, na interoperabilidade e compatibilidade entre dispositivos de diferentes fabricantes. No Capítulo 1, viu-se que os titulares declaram às organizações implementadoras de padrões (SSOs) suas patentes como essenciais, comprometendo-se a licenciá-las sob termos justos, razoáveis e não discriminatórios (FRAND). O titular que se submete ao compromisso de licenciamento tem a expectativa de ganhos em quantidade de licenças, pois sua tecnologia passará a ser utilizada por todos os agentes dos mercados alvos da padronização.

As patentes são, então, incluídas na base de dados das SSOs, sendo comum que estas não implementem sistemas de verificação da veracidade das declarações de essencialidade, ou da validade das patentes em questão. A única medida concreta tomada pelas SSOs é, em suas políticas de propriedade intelectual, alertar os titulares que, na ausência do compromisso FRAND, serão promovidos esforços para não contemplar na especificação técnica do padrão tecnológico as tecnologias de titulares não comprometidos a licenciá-las.

O compromisso FRAND constitui uma forma de viabilizar o processo de padronização, assegurando-se o acesso à tecnologia padronizada. Mas, além disso, o compromisso de licenciamento tem como fundamento uma preocupação eminentemente concorrencial. O objetivo inicial é evitar a prática de condutas anticompetitivas a partir de poder econômico e posição dominante obtidos pelo afunilamento de alternativas tecnológicas decorrente da padronização.

Nesse sentido, o valor da tecnologia padronizada não decorre tanto de sua qualidade ou superioridade em relação às demais, mas sim do próprio processo de padronização. Daí, conforme mencionado no Capítulo 4, o entendimento de que o efetivo cumprimento do dever autoimposto de licenciamento configura uma condição para a legitimidade do poder econômico e posição dominante adquiridos. Sem o cumprimento desse dever, não há sentido em se conferir dominância aos detentores dos componentes da tecnologia

padronizada, que teriam se aproveitado da situação para aprisionar (*lock-in*) os demais agentes no padrão. Ademais, o impedimento de acesso à tecnologia padronizada constitui um obstáculo à própria padronização.

Verifica-se que o dever de licenciamento se pauta na importância das patentes essenciais como instrumentos quase infraestruturais, destacando-se, conforme examinado no Capítulo 2, que elas estão sujeitas aos efeitos de rede e a um interesse público fortalecido pelo processo de padronização. O regime de licenciamento decorrente dessas características converge, nesse aspecto, com a função da doutrina concorrencial das *essential facilities*. Esta impõe ao proprietário de bens de acesso (essenciais à entrada ou manutenção de agentes no mercado) o compartilhamento com todos os interessados, especialmente os concorrentes. Entende-se que os proprietários de bens nesses moldes detêm posição privilegiada em relação aos demais agentes no mercado, mas ainda assim devem ter um comportamento concorrencial. Com o compartilhamento, há a expectativa de fomento à concorrência, o que é desejável para a promoção de melhores e/ou novos serviços e produtos (em última análise, inovação).

Vale dizer que, não obstante a existência de críticas e ressalvas à doutrina das *essential facilities* (especialmente no tocante à sua aplicação à propriedade intelectual, pelo risco de desnaturação de incentivos a investimentos), o resultado da análise dos casos e doutrina especializados no Capítulo 4 levou à conclusão de que ela é recepcionada pelo ordenamento brasileiro e já faz parte do léxico do Cade. A análise indica uma preferência da autoridade antitruste pela discussão de compartilhamento sob a ótica das *essential facilities*, em oposição a uma aplicação pura do princípio da função social, tido como elemento para a imposição de compartilhamento de *essential facilities* no Brasil. Verificou-se que as decisões do Cade sugerem uma associação do princípio a questões privatistas.

Entende-se que a natureza contratual do compromisso FRAND não descarta a noção de que a lógica da doutrina das *essential facilities* é fundamento para a restrição prévia do poder econômico e da posição dominante a serem adquiridos pela padronização. Diz-se “prévia” porque a restrição se volta à situação na qual estes só surgirão caso o padrão em questão venha a se tornar dominante ao ponto de ser insubstituível. É a escassez decorrente dessa insubstituibilidade que confere a característica infraestrutural, como uma *essential facility*, às patentes essenciais.

Concretizando-se o cenário de escassez, e caso o titular de patente essencial venha a descumprir o compromisso de licenciar sob termos FRAND, a doutrina das *essential facilities* representa ainda uma solução *ex post* (conforme elementos estruturantes já discutidos) capaz de resgatar o intuito concorrencial subjacente ao compromisso. Nessa hipótese, tal intuito busca assegurar o interesse público envolvido na padronização e o interesse público decorrente da própria propriedade intelectual, pois se entende que o incentivo à inovação é também um objetivo concorrencial. A aplicação da lógica das *essential facilities*, nesse aspecto, força o titular a atender o dever de compartilhamento assumido anteriormente, acionando mecanismos inerentes a esse dever.

Com efeito, reconhecendo-se a necessidade de impor um dever amplo de compartilhamento, o resultado imediato seria o questionamento de modelos de negócio como os da empresa Qualcomm (conforme caso abordado no Capítulo 3) que, por interpretar de forma restritiva o braço “não discriminatório” dos termos FRAND, licencia patentes essenciais apenas a agentes localizados no final da cadeia de produção (OEMs), recusando licenças a fabricantes de chips, seus concorrentes.

Ressalta-se que o Cade já adotou soluções com efeitos semelhantes, discutidas nos casos discutidos no item 3.4.2.5, nos quais se determinou um licenciamento prévio e amplo em função de tecnologias importantes ao mercado (verdadeiros padrões *de facto*) serem detidas por agentes dominantes.

Assim, há precedentes para que se entenda a lógica da doutrina das *essential facilities* como inerente ao compromisso de se licenciar patentes essenciais. Do mesmo modo, embora o Cade tenha entendido que o único caso brasileiro de condutas unilaterais em patentes essenciais *de jure* até então (TCT e Ericsson) se tratava, na realidade, de matéria meramente privada, não se afastou naquele momento a possibilidade de avaliação de abusos em licenciamento de patentes essenciais como questões concorrenciais.

Nessa lógica, a questão do acesso e do consequente fomento concorrencial, que é de interesse público, sobrepõe-se ao direito de exclusividade. Constatou-se que algumas das soluções adotadas pelos casos discutidos no Capítulo 3 contemplam esta visão, ainda que de forma indireta. Entretanto, verificou-se uma instabilidade e, em determinados casos, uma certa resistência em se enxergar o compromisso de licenciamento de patentes essenciais como um instrumento de fulcro concorrencial. A compreensão da doutrina das

essential facilities enquanto subsídio à restrição prévia do poder econômico e solução *ex post* harmoniza esse aspecto.

De toda sorte, mesmo diante da não aplicação da doutrina das *essential facilities* em si, permanece a possibilidade de se utilizar regras pró-concorrenciais que venham a resultar em restrições da livre iniciativa, expressada na recusa de licenciar ou livre escolha dos termos desse licenciamento.

A interpretação conjunta dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e função social (entendida nesse trabalho como elemento da doutrina das *essential facilities*) possibilita que se limite o direito de exclusividade conferido às patentes em prol da coibição do poder econômico, devendo o Estado combater restrições injustificadas praticadas por um agente a concorrentes.

Por isso, entende-se que a necessidade de compartilhamento não desaparece com o afastamento da doutrina das *essential facilities*. Ainda que o nome da doutrina não seja invocado, a sua lógica e os seus elementos se mantêm, pois a única forma de se preservar o intuito da padronização, quando associada à propriedade intelectual, é compreender esta como infraestrutura tecnológica sujeita a regras de acesso aberto voltadas ao fomento concorrencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMI, Mateus Piva. Essential facilities, falhas regulatórias e assimetria de informação no setor de telecomunicações. *Fórum Administrativo: Direito Público*, v. 6, n. 69, Belo Horizonte, p. 8132-8149, nov. 2006.

ALEMANHA. Suprema Corte Federal (Bundesgerichtshof). Caso nº KZR 40/02, julgado em 13.07.2004.

_____. Suprema Corte Federal (Bundesgerichtshof). Caso nº KZR 39/06, julgado em 06.05.2009.

AMARAL JR., Alberto do. O Acordo TRIPS, a licença compulsória e os países em desenvolvimento. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 79, p. 99-116, set./out. 2006.

AREEDA, Phillip. Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, vol. 58, n. 3, p. 841-853, 1989.

ARROW, Kenneth. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In: *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*. National Bureau Committee for Economic Research (org.). Nova Jersey: Princeton University Press, 1962.

BAKER, Jonathan. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. *Antitrust Law Journal*, vol. 74, n.3, p. 575-602, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. *Nota sobre a aplicação da doutrina das essential facilities à Propriedade Intelectual*. 2005. Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/essential.doc>. Acesso em: 25.05.2017.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. Intellectual Property and Standards in Brazil. In: NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *IP Management and Standard-Setting Processes*, p. 1-51, 2013. Disponível em: <http://sites.nationalacademies.org/cs/groups/pgasite/documents/webpage/pga_072297.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BARON, Justus; POHLMAN, Tim. Mapping Standards to Patents using Databases of Declared Standard-Essential Patents and Systems of Technological Classification. *Data on Technology Standards, Industry Consortia, and Innovation* do Searle Center Database da Northwestern University. 2015. Disponível em:

<http://www.law.northwestern.edu/research-faculty/searlecenter/innovationeconomics/documents/Baron_Pohlmann_Mapping_Standards.pdf>. Acesso em: 10.06.2016.

_____. Who cooperates in standards consortia - rivals or complementors? *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 9, 4 ed., p. 905-929, 2013.

_____.; GUPTA, Kirti. Unpacking 3GPP Standards (versão 31/01/2018). *Northwestern Law & Economics Research Paper* n. 18-09. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3119112>. Acesso em: 10.03.2018.

BEKKERS, Rudi; UPDEGROVE, Andrew. A Study of IPR Policies and Practices of a Representative Group of Standards Setting Organizations Worldwide. In: NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *IP Management and Standard-Setting Processes*, set. 2012. Disponível em: <http://sites.nationalacademies.org/cs/groups/pgasite/documents/webpage/pga_072197.pdf> Acesso em: 10.11.2015.

BRASIL. Centro Latino Americano de Estudos da Economia das Telecomunicações. Análise econômica e jurídica do compartilhamento de de infra-estrutura de postes (Relatório). Ago. 2011. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2007/007/contribuicao/aptel_dymitr_wajsman_e_flavio_coelho_estudo.pdf>. Acesso em: 10.06.2017.

_____. Justiça Federal do Rio de Janeiro. 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo nº 0025037-30.2018.4.02.5101.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 53500.000359/1999. Relatoro Conselheiro Leopoldino da Silva, julgado em 06.06.2001.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo nº 08012.011178/2005-71. Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo, decidido em 04.10.2006.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Averiguação Preliminar nº 08012.005181/2006-37. Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 29.04.2009.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo nº 08700.009924/2013-19. Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, decidido em 01.10.2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório nº 08700.008409/2014-00, decidido em 02.12.2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-14. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Jr., julgado em 11.5.2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.002706/2009-25. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, julgado em 19.08.2015.

_____. Justiça Estadual do Rio de Janeiro. 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, RJ. Processo nº 0126070-69.2014.8.19.0001, julgado em 18.12.2015.

_____. Justiça Federal do Rio de Janeiro. 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo nº 0037510-53.2015.4.02.5101, julgado em 03.06.2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo 08012.005255/2010-11. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 23.11.2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator Paulo Burnier da Silveira, julgado em 14.03.2018.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, vol. 85, n. 6, p. 1089-1128, abril/1972.

CASAGRANDE, Paulo L. Regulação Pró-concorrencial de Acesso a Ativos de Infraestrutura: Regime Jurídico e Aspectos Econômicos. In: BARRIONUEVO FILHO, Arthur; MACEDO, Bernardo Gouthier; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, p. 113-166, 2010.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. As patentes essenciais a padrões tecnológicos no direito brasileiro. *CPR LATAM Conference*, p. 71-78, 2016.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. vol. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.

COLANGELO, Giuseppe; PARDOLESI, Roberto. Intellectual Property, Standards, and Antitrust: A New Life for the Essential Facilities Doctrine? Some Insights from the Chinese Regulation. In: *Kritica: Essays on Intellectual Property*, vol. 2. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2758892>>. Acesso em: 18.06.2017.

COMPARATO, Fabio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

_____. O abuso nas patentes de medicamentos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 11, n. 3, São Paulo, p. 204-219, nov. 2010/fev. 2011.

COTTER, Thomas F. The Essential Facilities Doctrine. *Legal Studies Research Paper Series n.08-18*, University of Minnesota Law School, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1125368>>. Acesso em: 18.06.2017.

_____.; HOVENKAMP, Erik; SIEBRASSE, Norman. Switching Costs, Path Dependence, and Patent Holdup. Fev/2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3127933>. Acesso em: 09.10.2018.

DAVID, Paul A.; GREENSTEIN, Shane M. The Economics of Compatibility Standards: An Introduction to Recent Research. *Economics of Innovation and New Technology*, vol. 1. Grã Bretanha: Harwood Academic Publishers GmbH, p. 3-41, 1990.

DRAGO, Bruno de Luca. *Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

ELHAUGE, Einer. Treating Rand Commitments Neutrally. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 11, n. 1, p. 1-22, 2015.

ERICSSON. Ericsson Mobility Report (Relatório), nov. 2016. Disponível: <<https://www.ericsson.com/en/mobility-report>>. Acesso em: 10.06.2017.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice (DOJ) e Federal Trade Commission (FTC). *Antitrust Guidelines for the Licensing Of Intellectual Property*. 1995.

_____. Department of Justice (DOJ) e Federal Trade Commission (FTC). *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition* (Relatório). 2007.

_____. Department of Justice (DOJ) e U.S. Patent & Trademark Office (USPTO). *Policy statement on remedies for standards-essential patents subject to voluntary FRAND commitments*. Janeiro/2013.

_____. Department of Justice (DOJ) e Federal Trade Commission (FTC). *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. 2017.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice (DOJ). “Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Remarks at the USC Gould School of Law's Center for Transnational Law and Business Conference”. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-usc-gould-school-laws-center>. Acesso em 26/05/2018.

_____. Department of Justice (DOJ). “Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Keynote Address at University of Pennsylvania Law School”. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-keynote-address-university>. Acesso em 28/05/2018.

_____. Department of Justice (DOJ). “Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Remarks at IAM's Patent Licensing Conference in San Francisco”. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-iam-s-patent-licensing>. Acesso em 20/09/2018.

_____. Telecommunications Industry Association (TIA). *Guidelines to the Telecommunications Industry Association Intellectual Property Rights Policy*, maio/2014.

FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre essential facilities e standard essential patents nas guerras de patentes de TI. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 2, n. 1, p. 89-105, 2014.

FARRELL, Joseph; HAYES, John; SHAPIRO, Carl; SULLIVAN, Theresa. Standard setting, patents and hold up. *Antitrust Law Journal*, n. 3, v. 74, p. 603-670, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A erosão dos direitos subjetivos por força do desenvolvimento técnico (patentes, direito de autor). In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (coord.). *Novos Caminhos do Século XXI - Direito Internacional*,

filosofia jurídica e política, dogmática jurídica e direitos fundamentais: uma homenagem a Celso Lafer, p. 415-436. Curitiba: Juruá, 2012.

FIANI, Ronaldo. A tendência à harmonização internacional da proteção de patentes e seus problemas. *Revista de Economia Política*, vol. 29, n. 3, p. 173-190, jul.-set./2009.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____.; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. The Relationship Between Antitrust and Intellectual Property Law on CADE'S Case Law. In: SILVEIRA, Paulo Burnier da (Ed.). *Competition and Policy in Latin America*. West Sussex: Kluwer Law International B.V., p. 255-267, 2017.

FREIRE, Paula Vaz. A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIX, nºs 1 e 2, p. 117-139, 2008.

FUNK, Jeffrey L. The co-evolution of technology and methods of standard setting: the case of the mobile phone industry. *Journal of Evolutionary Economics*, vol. 19, p. 73-95, 2009.

GANDAL, Neil. Compatibility, Standardization, and Network Effects: Some Policy Implications. *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 18, n. 1, p. 80-91, primavera/2002.

GERADIN, Damien; RATO, Miguel. Can Standard-Setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of Frand. *European Competition Journal*, vol. 3, ed. 1, p. 101-156, 2007.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

GRAEF, Inge. Tailoring the essential facilities doctrine to the IT sector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft. *Cambridge Student Law Review*, vol. 7, n.1, p.1-20, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1915076>. Acesso em: 18.07.2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19a. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2018.

HAMMES, Bruno Jorge. Origem e evolução histórica do direito da propriedade intelectual. *Estudos Jurídicos*, n.62, p. 105-115, set./dez.1991.

HEINRICH, Torsten. *Technological Change and Network Effects in Growth Regimes*. Londres: Routledge, 2013.

HELLER, Michael A.; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science*, Washington, v. 280, mai./1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=121288>>. Acesso em 18.07.2017.

HILTY, Reto M.; LIU, Kung-Chung (eds.). *Compulsory Licensing - Practical Experiences and Ways Forward*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 22. Londres: Springer, 2015.

HOVENKAMP, Herbert. The Intellectual Property-Antitrust Interface. *Issues in Competition Law, ABA*, p. 1979-2007, 2008.

_____. Anticompetitive Patent Settlements and the Supreme Court's Actavis Decision. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 15, 1 ed, p. 3-29, 2014.

_____.; JANIS, Mark D.; LEMLEY, Mark A. Unilateral Refusals to License in the US. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, n. 303, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=703161>>. Acesso em 01.09.2015.

HUANG, Yong; WANG, Elizabeth Xiao-Ru; ZHANG, Roger Xin. Essential facilities doctrine and its application in intellectual property space under China's anti-monopoly law. *George Mason Law Review*, vol. 22, p. 1103-1126, 2015.

ÍNDIA. Competition Commission of India (CCI). *IPR – SEPs and Competition: Conflicting or Complementary*. Disponível em https://www.cci.gov.in/sites/default/files/presentation_document/Competition%20and%20Patent%20Act%20-%20Mr.%20Anil%20Bhardwaj.pdf?download=1. Acesso em 20/10/2018.

KATZ, Michael L; SHAPIRO, Carl. Systems Competition and Network Effects. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 75, n. 3, p. 424-440, jun./1985.

KIM, Yoonhee. Lifting Confidentiality of FRAND Royalties in SEP Arbitration. *The Columbia Science & Technology Law Review*, vol. XVI, P. 1-35, outono/2014.

KOLESKI, Fábio Lúcio. *Defesa da concorrência na TV por assinatura*. 2010. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

KOVACIC, William E.; REINDL, Andreas. P. An Interdisciplinary Approach to Improving Competition Policy and Intellectual Property Policy. *Fordham International Law Journal*, vol. 28, 4 ed., p 1062-1090, 2004.

KUBRUSLY, Claudia Tosin. *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

LAMPING, Matthias. Refusal to Licence as an Abuse of Market Dominance: From Commercial Solvents to Microsoft. In: HILTY, Reto M.; LIU, Kung-Chung (eds.). *Compulsory Licensing - Practical Experiences and Ways Forward*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 22. Heidelberg: Springer, p. 121-145, 2015.

LANG, John Temple. Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities. *Fordham International Law Journal*, vol. 18, ed. 2, p. 439-524, 1994.

LEMLEY, Mark A. Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations. *California Law Review*, n. 90, p. 1889-1980, 2002.

_____; MCKENNA, Mark P. Is Pepsi Really a Substitute for Coke? Market Definition in Antitrust and IP. *Georgetown Law Journal*, vol. 100, p. 2059-2117, 2012.

_____; SHAPIRO, Carl. A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 28, 2 ed., p. 1135-1166, 2013.

_____.; _____. Patent Holdup and Royalty Stacking. *Texas Law Review*, vol. 85, p. 1991-2049, 2007.

LERNER, Josh; TIROLE, Jean. A Model of Forum Shopping. *The American Economic Review*, vol. 96, n. 4, p. 1091-1113, set./2006.

LILLA, Paulo Eduardo de Campos. *Direitos de propriedade intelectual e o controle das práticas restritivas da concorrência à luz do Acordo TRIPS/OMC*. Tese (Doutorado em Direito Internacional). 2013 - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

LIPSKY Jr., Abbott B.; SIDAK, J. Gregory. Essential Facilities. *Stanford Law Review*, vol. 51, n. 5, p. 1187-1249, maio/1999.

LUNDQVIST, Björn. *Standardization under EU competition rules and US antitrust laws: the rise and limits of self-regulation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MAIR, Carl. Taking technological infrastructure seriously: standards, intellectual property and open access. *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 32, n. 82, p. 59-88, 2016.

MARQUES, J. P. Remédio. Propriedade intelectual e interesse público. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 79, p. 293-354, 2003.

MASKUS, Keith; MERRILL, Stephen. *Patent Challenges for Standard-Setting in the Global Economy*. Washington: The National Academies Press, 2013.

MAURER, Stephen M.; SCOTCHMER, Suzanne. The Essential Facilities Doctrine: The Lost Message of Terminal Railroad. *California Law Review Circuit*, v. 5, p. 287-336, 2014.

MEHRA, Salil; MENG, Yanbei. Essential facilities with Chinese characteristics: a different perspective on the conditional compulsory licensing of intellectual property. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 3, 1 ed., p. 194-206, 2015.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *Revista Brasileira de Inovação*, vol. 8, n. 2, p.371-402, jul./dez. 2009.

MILLER, Joseph S. *Standard Setting, Patents, and Access Lock-In: Rand Licensing and the Theory of the Firm*. 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/637>. Acesso em: 28.12.2016.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Teoria das Essential Facilities e Propriedade Intelectual. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, p. 109-128, 2010.

NEWMAN, David L. Arbitrating Standards-Essential Patent Disputes. *Journal of Dispute Resolution*, n. 23, 1-29, 2014.

OECD. The Essential Facilities Concept (Relatório). *Policy Roundtables*, 1996.

PARANAGUÁ, Pedro; TIMM, Luciano Benetti. *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PAY-TV. *Em defesa do “conteúdo nacional”*. Notícia de 22 de maio de 2001. Disponível em <<http://convergecom.com.br/telaviva/paytv/22/05/2001/em-defesa-do-conteudo-nacional/>>. Acesso em 20.06.2017.

PEREIRA JR., Ademir Antonio. TCL V. Ericsson: Brazil's First Standard Essential Patents Antitrust Investigation. *Intellectual Property Committee*, p. 18-27, outono/2015.

PITOFSKY, Robert. Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy. *Berkeley Tech. Law Journal*, n. 16, p. 535-559, 2001.

_____.; PATERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, n. 70, p. 443-462, abr./2010.

POHLMANN, Tim; BLIND, Knut. Landscaping study on Standard Essential Patents (SEPs) (Relatório). *Iplytics*, 2016. Disponível em: <http://www.iplytics.com/wp-content/uploads/2017/04/Pohlmann_Iplytics_2017_EU-report_landscaping-SEPs.pdf>. Acesso em 10.06.2017.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. *Contribuições ao Estudo do Direito Internacional da Propriedade Intelectual na Era Pós-Organização Mundial do Comércio: Fronteiras da Proteção, Composição do Equilíbrio e Expansão do Domínio Público*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

POSNER, Richard A. Antitrust in the New Economy. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 106, p. 2-11, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=249316>>. Acesso em 02.09.2015.

PRIEST, George L. Rethinking antitrust Law in an age of networks. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 352, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1031166>. Acesso em 20.10.2018.

REICHENBERGER, Melanie J. The Role of Compulsory Licensing in Unilateral Refusals to Deal: Have the United States and European Approaches Grown Further Apart After IMS? *The Journal of Corporation Law*, p. 550-560, inverno/2005.

ROSENBERG, Bárbara. *Patentes de medicamentos e o comércio internacional: os parâmetros do TRIPs e do direito concorrencial para a outorga de licenças compulsórias*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na Internet – condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?* Dissertação (Mestrado em Direito). 2016 - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. 2a. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. *Direito concorrencial*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

_____. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*, 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2008.

SCHÖLER, Karolina. Patents and Standards: The Antitrust Objection as a Defense in Patent Infringement Proceedings. In: ALDEMANN Martin J.; BRAUNEIS, Robert; DREXL, Josef; NACK, Ralph (eds.). *Patents and Technological Progress in a Globalized World*. Berlim: Springer, p. 176-194, 2009.

SHAPIRO, Carl. Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting. In: JAFFE, Adam B., LERNER, Josh e STERN, Scott (org.). *Innovation Policy and the Economy*. vol. 1. Massachusetts: MIT Press, p. 119-150, 2001.

_____. *Property Rules vs. Liability Rules for Patent Infringement*. Janeiro/2017. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/propvsliab.pdf>. Acesso em 10.09.2018.

_____.; GILBERT, Richard. Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties. *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 28, p. 283-349, 1997.

SIMCOE, Timothy S.; SHAMPINE, Allan L. Economics of Patents and Standardization: Network Effects, Hold-up, Hold-out, Stacking. In: CONTRERAS, Jorge L. (ed.). *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law – Competition, Antitrust and Patents*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 102-123, 2017.

STIGLITZ, Joseph. Knowledge as a Public Good. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabell; STERN, Marc (org.). *Global Public Goods: international cooperation in the 21st century*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

TAPLIN, Jonathan. Is It Time to Break Up Google? Artigo de 22 abr. 2017. *New York Times*. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2017/04/22/opinion/sunday/is-it-time-to-break-up-google.html> >. Acesso em 01.05.2017.

TURNEY, James. Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 3, n. 2, p. 179-202, 2005. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=njtip>>. Acesso em 18.06.2017.

TSAI, Joanna; WRIGHT, Joshua D. Standard Setting, Intellectual Property Rights, and the Role of Antitrust in Regulating Incomplete Contracts. *Antitrust Law Journal*, vol. 80, n. 1, p. 157-188, 2015.

ULLRICH, Hanns. Mandatory Licensing Under Patent Law and Competition Law: Different Concerns, Complementary Roles. In: HILTY, Reto M.; LIU, Kung-Chung (eds.). *Compulsory Licensing – Practical Experiences and Ways Forward*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 22. Heidelberg: Springer, p. 333-376, 2015.

_____. FRAND Access to Open Standards and the Patent Exclusivity: Restating the Principles. *Competition Law Review*, n.2, p. 1-19, maio/2017. Disponível em: <<http://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2017/articles/frand-access-to-open-standards-and-the-patent-exclusivity-restating-the>>. Acesso em 15.05.2017.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*. 2011.

_____. Comissão Europeia. *Patents and Standards: A modern framework for IPR-based standardization (Relatório)*. 2014.

_____. European Commission. *ICT Standardisation Priorities for the Digital Single Market (Comunicação)*. 2016.

_____. Comissão Europeia. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. *Setting out the EU approach to Standard Essential Patents*. 29.11.2017.

_____. Comissão Europeia. *Shaping the Digital Single Market*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market>. Acesso em 30.11.2018.

_____. Communication From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee. *A strategic vision for European standards: Moving forward to enhance and accelerate the sustainable growth of the European economy by 2020*. 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0311>. Acesso em 10.12.2018.

_____. Comissão Europeia. JRC Science for Policy Report. *Licensing Terms of Standard Patents: A Comprehensive Analysis of Cases*. 2017.

_____. European Telecommunications Standards Institute (ETSI). ETSI IPR Online Database. Disponível em: <https://ipr.etsi.org/>. Acesso em 15.08.2017.

_____. Comissão Europeia. Caso nº 34689, decidido em 21.12.1993.

_____. Comissão Europeia. Caso nº 3998, decidido em 19.05.2006.

_____. Comissão Europeia. Caso nº 38784, decidido em 04.07.2007.

_____. Corte de Justiça Europeia. Caso nº C-280/08 P, julgado em 14.10.2010.

_____. Comissão Europeia. Caso nº 39985, decidido em 29.04.2014.

_____. Comissão Europeia. Caso nº 39939, decidido em 29.04.2014.

_____. Comissão Europeia. Caso nº 39985, decidido em 29.04.2014.

_____. Corte de Justiça Europeia. Processo C-170/13, julgado em 16.07.2015.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. *Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

ZIEBARTH, José Antonio B. M. A doutrina das essential facilities. *Revista de direito das comunicações*, v. 2, n. 4, p. 79–104, jul./dez., 2011.