



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A batalha entre a regulação e a concorrência nos Estados Unidos da América

The battle between regulation and competition in the United States of America

Filipe Rocha da Fonseca

Resumo: O presente trabalho investiga o surgimento do Estado Administrativo nos Estados Unidos da América, assim como os seus fundamentos históricos mais evidentes. Diante do conseqüente processo de agencificação e proliferação de normas regulatórias setoriais, alguns conflitos aparentes com as normas e atuações da autoridade antitruste acabam por surgir. Sistematizar quais foram as soluções adotadas pela Suprema Corte norte-americana nesses conflitos, detalhando as mais populares imunidades antitruste reconhecidas naquele sistema jurídico, se mostra como um possível instrumento para assegurar fidelidade na importação dos conceitos e institutos. Mais do que isso, a própria experiência norte-americana pode servir como um modelo para se investigar possíveis soluções para este processo, que também ocorre no cenário brasileiro.

Palavras-chaves: Direito; Economia; Antitruste; Regulação; Intervenção.

Abstract: The present article investigates the emergence of the Administrative State in the United States of America, as well as its most evident historical foundations. Faced with the consequent process of agencification and proliferation of sectoral regulatory norms, some apparent conflicts with the norms and actions of the antitrust authority end up appearing. Systematizing the solutions adopted by the US Supreme Court in these conflicts, detailing the most popular antitrust immunities recognized in that legal system, is shown as a possible instrument to ensure fidelity in the importation of concepts and institutes. More than this, the American experience itself can serve as a model for investigating possible solutions to this process, which also occurs in the Brazilian scenario.

Keywords: Law; Economy; Antitrust; Regulation; Intervention.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i2p182-214>

A BATALHA ENTRE A REGULAÇÃO E A CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.

Filipe Rocha da FONSECA*

1 Introdução; 2 O contexto histórico do surgimento da burocracia norte-americana; 3 O surgimento do estado administrativo e a possibilidade das agências; 4 A disputa de competências entre os reguladores e as autoridades antitruste nos EUA: as teses criadas na suprema corte; 4.1 Leis antitruste federais vs. Regulações setoriais federais: imunidades implícitas e expressas; 4.1.1 Imunidades implícitas: período anterior ao ano de 2004; 4.1.2 Imunidades implícitas: período posterior ao ano de 2004; 4.2 Leis antitrustes federais e regulações estaduais; 4.3 A imunidade no direito de petição; 5 Conclusão; 6 Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O tema da assimetria entre as normas regulatórias setoriais e concorrências é um dos mais intrigantes do Direito Administrativo e do Direito Antitruste, encontrando ecos tanto na doutrina nacional¹, como internacional. Uma definição mais ou menos segura sobre qual dos dois tipos de normas/atividades deve prevalecer em eventual conflito é uma necessidade demandada pelo próprio mercado, que diante de situações de insegurança jurídica tende a investir de maneira menos efetiva.

O presente trabalho tem como objeto de pesquisa a análise do tema no âmbito do sistema jurídico norte-americano, tendo em vista que os Estados Unidos da América (EUA) foram o primeiro país a adotar o sistema de agências reguladoras dentro da

* Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito Rio, da Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio. Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE. Inscrito na OAB nas Seccionais do Rio de Janeiro e São Paulo. Advogado atuante nas áreas de Regulações Setoriais e Concorrência.

¹No Brasil, alguns estudos sobre o tema podem ser encontrados em: TAUFICK, Roberto Domingo. Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas state action e pervasive power no ordenamento jurídico brasileiro. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central/Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez 2007 – Brasília: BCB, 2009; POSSAS, Mário; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Defesa da Concorrência e Regulação. R. Dir. Econ., Brasília, jan/jul. 1998; NETO, o Mário da Silva Pereira Neto; FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. Revista Direito GV. V. 12, N. 1, JAN-ABR 2016; FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial: As estruturas. São Paulo: Malheiros. 1998. pp. 51-58 e 199-220; FILHO, Calixto Salomão. Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos). 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros. 2008. pp.173-177; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições Regulatórias à Concorrência. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 145-189.

burocracia estatal, mostrando-se, assim, um campo fértil para reflexões que encontram raízes na criação do Estado Administrativo, como é o presente caso.

Trata-se de um trabalho descritivo, baseado em pesquisa qualitativa, tendo as informações sido coletadas na jurisprudência e doutrina, pátria e internacional.

Desse modo, este artigo se desenvolve, primeiramente, com um breve olhar sobre os acontecimentos históricos que levaram à criação dos EUA como um país independente e soberano, buscando saber se eles tiveram influência sobre o desenho institucional desenvolvido na burocracia-norte americana.

Uma segunda análise é feita dentro do próprio desenvolvimento do Estado Administrativo (*Administrative State*) nos EUA, buscando descobrir os fundamentos jurídicos e motivos factuais para a criação das agências e intervenção do estado na economia, assim como, quais foram as principais etapas desse processo até o desenvolvimento de uma autoridade antitruste forte e ativa.

Por fim, a pesquisa busca os principais casos em que a Suprema Corte norte-americana atuou para compatibilizar as atividades/normas regulatórias e concorrenciais, criando-se, nessa atividade judicial, as doutrinas de imunidade antitruste mais famosas daquele país.

2. O contexto histórico do surgimento da burocracia norte-americana

O surgimento e desenvolvimento da regulação e concorrência nos EUA estão intrinsecamente ligados às origens e evolução do próprio “Estado Administrativo”², que para ser devidamente analisado, demanda uma breve digressão histórica, a nível de contextualização.

A Guerra de Independência das 13 colônias contra a Inglaterra (1775-1785), que conduziu à Declaração de Independência de 4 de julho de 1776, foi motivada pelo aumento abusivo de tributos e regulações (as “Leis Proibitivas”) sobre o comércio dos colonos, dentre eles: (i) a “Lei do Açúcar” - 1764, que impunha aos colonos que a compra de açúcar deveria ser feita exclusivamente das Antilhas Inglesas; (ii) a “Lei do Selo” - 1765, que determinou que todo produto que circulasse na colônia deveria utilizar um selo vendido pelos ingleses; e, (iii) a “Lei do Chá” - 1773, que concedeu o monopólio do comércio de chá para a Companhia Comercial Inglesa resultou na formação da confederação americana.

Em um cenário de insustentável pressão exercida pela metrópole, uma onda de protestos emergiu nas colônias, sendo o mais conhecido a “Festa do Chá de Boston” (*The Boston Tea Party*), onde alguns colonos, durante à noite, vestidos de índio, invadiram um navio inglês carregado de chá, e jogaram toda a mercadoria ao mar. Diante deste

² Sobre a definição de Estado Administrativo/Regulador: “MATTOS, 2017”.

episódio a metrópole reagiu de maneira severa, exigindo o ressarcimento dos prejuízos por parte dos colonos, sitiando a cidade de Boston.

Em meio à onda de protestos, em 1774 e 1776, alguns colonos do Norte promoveram, respectivamente, o primeiro e o segundo Congresso da Filadélfia, que resultou na Declaração de Independência. Em 1777 foram escritos os “Artigos da Confederação”, que só foram ratificados por todos os Estados independentes (ex-colônias) em 1781.

A elaboração do modelo federativo, porém, só surgiu com a Convenção da Filadélfia de 1787, que inicialmente fora convocada para rever os “Artigos da Confederação”, e resultou na entrada em vigor da Constituição dos EUA em 1789.

Porém, é importante destacar que a Federação norte-americana possui uma estrutura onde o Ente central foi dotado de poderes muito limitados em comparação aos estados federados, e isso se justifica devido ao fato de que os EUA tinham acabado de guerrear pela sua independência contra um poder central (metrópole) forte e opressor, por isso a desconfiança em atribuir competências amplas ao poder federal.

De modo sintético, à União federal, originalmente, caberiam poucas competências, principalmente as ligadas às questões externas, como guerra, paz, negociações, comércio exterior e sua tributação, e a de conter as disputas entre os estados, já aos estados federados restariam todas as demais, o que demonstrava um desenho institucional onde os Estados, e não o poder central, detinha o maior foco de poderes, conforme defendido no artigo 45 d’O Federalista³, de título “*The Alleged Danger From the Powers of the Union to the State Governments Considered*”.

Vale citar que, quando o Estado de Nova York, na Convenção de NY, ratificou a Constituição Federal, ele fez a ratificação acompanhada de uma breve “rendição” em que

³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. Belknap Press. Harvard. October 2009. A defesa do modelo Federativo foi feita, à época, principalmente, através dos “*Federative Papers*” – 1787, elaborados por Alexander Hamilton, James Madison e Jon Jay, inicialmente como tiragens em jornais de Nova York de modo a convencer a população local a ratificarem a Constituição, sendo publicado no ano seguinte, em 1788 como livro intitulado “*O Federalista*”. Todos os artigos do “*The Federalist*” também pode ser encontrados no sítio eletrônico: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/> Acesso em 31.07.2019.

Sobre o supracitado artigo 45, vale a sua transcrição: “HAVING shown that no one of the powers transferred to the federal government is unnecessary or improper, the next question to be considered is, whether the whole mass of them will be dangerous to the portion of authority left in the several States. (...) The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite. The former will be exercised principally on external objects, as war, peace, negotiation, and foreign commerce; with which last the power of taxation will, for the most part, be connected. The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the State. The operations of the federal government will be most extensive and important in times of war and danger; those of the State governments, in times of peace and security.”

se lia: *“Every power, jurisdiction, and right which is not by the said Constitution clearly delegated to the United States of America, or the departments of government, thereof remains to the people of the several States, or to their respective State governments”*⁴.

A história de formação do Estado norte-americano é, portanto, uma história de desconfiança com poderes unitários, centralizados e dotados de uma ampla gama de competências. Na ótica evolucionária da história da burocracia norte-americana, a autonomia dos Estados federados, será muitas vezes um argumento levado à Suprema Corte justamente para frear os anseios da Administração pública federal: seja em questões envolvendo agências regulatórias, seja em questões envolvendo as Autoridades antitrustes federais (*Federal Trade Commission - FTC*⁵ e *U.S. Department of Justice - DOJ*⁶).

Tendo como base esse pressuposto, passa-se a analisar mais detidamente a evolução da burocracia norte-americana, e seus reflexos tanto na regulação quanto na concorrência.

3. O surgimento do Estado Administrativo e a possibilidade das agências

A Constituição norte-americana não se preocupou em detalhar a estrutura da Administração pública federal⁷, sendo assim, a construção da burocracia pública norte

⁴ WOODS JR., 2010. p. 33.

⁵ “The Federal Trade Commission was created on September 26, 1914, when President Woodrow Wilson signed the Federal Trade Commission Act into law. The FTC opened its doors on March 16, 1915. (...) The FTC is a bipartisan federal agency with a unique dual mission to protect consumers and promote competition. For one hundred years, our collegial and consensus-driven agency has championed the interests of American consumers. As we begin our second century, the FTC is dedicated to advancing consumer interests while encouraging innovation and competition in our dynamic economy. The FTC develops policy and research tools through hearings, workshops, and conferences. We collaborate with law enforcement partners across the country and around the world to advance our crucial consumer protection and competition missions. And beyond our borders, we cooperate with international agencies and organizations to protect consumers in the global marketplace.” Disponível no sítio eletrônico: <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>. Acesso em 31.07.2019.

⁶ “The Office of the Attorney General was created by the Judiciary Act of 1789 (ch. 20, sec. 35, 1 Stat. 73, 92-93), as a one-person part-time position. The Act specified that the Attorney General was to be “learned in the law,” with the duty “to prosecute and conduct all suits in the Supreme Court in which the United States shall be concerned, and to give his advice and opinion upon questions of law when required by the President of the United States, or when requested by the heads of any of the departments, touching any matters that may concern their departments.” Disponível no sítio eletrônico: <https://www.justice.gov/about> Acesso em 31.07.2019.

⁷ O artigo 2º da Constituição dos EUA trata do Presidente da República. Em sua Seção 1, estabelece apenas que o Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Seu mandato será de quatro anos, e será escolhido juntamente com o Vice-Presidente. Na seção 2, diz que o Presidente será o chefe supremo do Exército e da Marinha dos Estados Unidos, e também da Milícia dos diversos estados, quando convocadas ao serviço ativo dos Estados Unidos. Nessa mesma seção, se fala que o presidente poderá pedir opinião, por escrito, do chefe de cada uma das secretarias do Executivo sobre assuntos relativos às respectivas atribuições. A mesma seção trata do poder de nomeação do Presidente para alguns cargos do funcionalismo público norte-americano. A Constituição dos Estados Unidos da América se encontra no site do Senado norte-americano, disponível no sítio eletrônico: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951 Acesso em 31.07.2019.

americana se deu, ao longo dos anos, por meio de normas infraconstitucionais, que refletiram as experiências históricas.⁸

Mais especificamente, a partir do século XIX, os Estados Unidos experimentaram um processo de expansão territorial⁹ para oeste e industrialização do norte. Devido à industrialização e ao desenvolvimento de novas tecnologias, se estabeleceram monopólios naturais, que são aqueles em que “uma só empresa consegue ofertar um bem ou serviço a um mercado inteiro, a um custo menor do que ocorreria se existissem duas ou mais empresas no mercado”^{11 12}.

Diante de um cenário de complexidade de relações comerciais e falhas de mercado¹³, nascem, sob o fundamento de eficiência econômica e especialização técnica, as primeiras Agências estaduais, como auxiliares do Poder Legislativo, atuando em situações especiais ou *ad hoc*, e com a função precípua de apuração de fatos.¹⁴

Um momento em especial do desenvolvimento das Agências estaduais está muito atrelado ao mercado do setor ferroviário. Este setor, no século XIX, nos EUA, viveu três grandes períodos de desenvolvimento, que foram acompanhados, igualmente,

⁸ BREYER, 1982.

⁹ A “Manifest Destiny”, ou Doutrina do Destino Manifesto, foi uma doutrina expansionista que pregava a ideia dos norte-americanos como povo “eleito” para colonizar o continente norte-americano e redimir os pecados do velho mundo. Durante esse período houve a expansão para o oeste e a indexação de territórios do México, assim como o massacre de várias tribos indígenas. Para uma visão histórica sobre o evento: MILLER, 2008.

¹⁰ Por meio da Homestead Act (Lei do Povoamento - 1862), o governo norte-americano legitima a expansão para o oeste por meio da oferta de terras por períodos de tempo determinado e com finalidade de produção de alimentos.

¹¹ “Um monopólio natural surge quando há economias de escala para toda a faixa relevante de produção. (...) Quando a curva de custo total médio de uma empresa declina continuamente, a empresa tem o que se denomina monopólio natural. Nesse caso, quando a produção se divide entre um maior número de empresas, cada uma delas produz menos e o custo total médio aumenta. Assim, uma só empresa consegue produzir qualquer quantidade dada a um custo menor.” In: MANKIWI, 2017. p. 284.

¹² *Os monopólios naturais muitas vezes são instituídos pelo próprio Poder público, é o caso, justamente, das utilities (ou, serviços de utilidade pública), onde a constituição da rede (infraestrutura) para prestação do serviço demanda uma carga muito alta de investimentos, e, ao mesmo tempo, a multiplicidade de redes e de atores prestando o serviço de maneira concorrente poderia levar a qualidades mais baixas e a preços mais altos. Em virtude disso, o Poder público assina contratos onde concede a um ator privado específico o direito de exploração daquele serviço, por prazo e tarifa determinados. Portanto, a concorrência em tais setores causaria inconveniências para os próprios consumidores, principalmente por conta da necessidade de duplicidade de instalações.*

¹³ *É a situação em que o custo marginal social supera o benefício marginal social. São consideradas falhas de mercado: bens públicos e recursos comuns, monopólio, lucros exorbitantes, externalidades, assimetria/incompletude de informações. Sobre o tema: MACKAAY, 2015, pp. 87-129.*

¹⁴ *“As agências estaduais, no primeiro momento, foram criadas para auxiliar o Poder Legislativo, seja disponibilizando informações técnicas, seja para colaborar em algum assunto específico. Em 1832, o Estado de Connecticut criou uma comissão especial, tornando-a permanente em 1849 e Rhode Island criou uma modesta agência, que visava encorajar empresas rivais a trabalhar de forma conjunta. Outros estados também criaram agências, a exemplo dos Estado de New Hampshire e Rhode Island, em 1844; Estado de New York, em 1850 e Estado de Vermont, em 1855” In GUERRA, 2015, p. 47.*

por três grandes períodos do desenvolvimento da regulação, como bem explica Frederick C. Clark¹⁵, que em artigo publicado em 1891, narra a histórica com a verossimilhança de quem viveu os fatos:

“There is a history of railroad legislation and regulation as well as of railroad building and transportation. Both have been making rapid strides in recent years, in spite of the fact that the latter preceded the former in point of establishment by nearly a score of years. While on the one hand railroad building has gone beyond the needs of the country, on the other railroad regulation has hardly attained to that standard of efficiency which the needs of the country require.

In America, as in England, railroad building has passed through three distinct stages of growth, each of which covers about an equal period of time. These stages are:

(a.) Period of enthusiastic construction – 1830-1850

(b.) Period of bitter competition – 1850-1870

(c.) Period of extensive combination – 1870-1890

The history of railroad regulation likewise divides itself, according to three distinct policies in vogue at different times, into periods of about equal length corresponding to the respective stages of railroad building

Period of freedom from interference – 1830-1850

Period of general laws and statutes – 1850-1870

Period of state interference, or control through commissions – 1870-1890”.

A partir da segunda metade da década de 1850 – um pouco antes do terceiro período (c.), onde foi adotado o modelo de “intervenção forte” por meio das agências (também chamadas de *Strong Comissions*)¹⁶ – já existiam entidades reguladoras (*Boar-*

¹⁵ CLARK, 1891, pp. 11–12.

¹⁶ *As agências reguladoras fortes, ou strong comissions, possuíam não apenas o poder de fiscalizar e arbitrar eventuais conflitos, recomendando soluções. Seus poderes, ao contrário, eram uma mistura de todas as funções dos três poderes da Federação (normativo, adjudicatório e executivo), tendo sua atuação e decisões eficácia vinculante ao mercado. Importante frisar que atualmente os termos Independent Agency e Independent Comission são considerados sinônimos, indicando as agências reguladoras que são independentes ao Poder Executivo.*

ders ou *Soft Comissions*) em vários Estados que atuavam sobre o mercado ferroviário: umas *fiscalizavam*¹⁷ a segurança dos passageiros e cargas, e outras – que a princípio eram temporárias, e acabaram se tornando permanentes – *arbitravam*¹⁸ disputas entre as partes (para avaliar terras, fixar rotas de estradas, indenizar danos, etc.). Assim, foi justamente a união dessas duas funções (arbitramento e fiscalização), em uma única entidade permanente, que propiciou o surgimento do embrião das agências reguladoras ferroviárias, que teve seu nascimento com a “*Massachusetts Commission*”, em 1869.¹⁹

Entretanto, em forte contraste com o modelo de mera supervisão e recomendação adotado em Massachusetts surge a “*Illinois Commission*”, que pode ser realmente considerada a primeira “agência reguladora” em função de suas características, tendo em vista o exercício das competências normativa e do poder de polícia (*enforcement*).²⁰

¹⁷ “The first and most natural step was to attempt to regulate the running of trains and secure as far as possible absolute safety to the patrons of the roads. The idea took tangible form in the establishment of commissions both in England and the United States, almost simultaneously. New Hampshire is accorded the credit of establishing, in 1844, the first board in this country to inspect roads and report to the legislature. This was the main feature of the law and has been one of the functions of every commission created since the first. The plunging of a passenger train into an open draw led the legislature of Connecticut in 1853 to create a commission in that state, whose main duty it was to inspect the roads and make all inquiries into the management, necessary for the public safety and convenience. Vermont in 1855, Maine in 1858, and Ohio in 1867 followed closely the example of New Hampshire and Connecticut. Each of these state commissions, without exception, was established for the sole purpose of securing “the safety of the general public by providing a board of officials whose duty it should be to see that all railroads in the state and rolling stock are kept in suitable repair and safe for travellers.” They were merely boards established for the protection of life and limb, created after the idea of the earlier railroad laws of England.” In CLARK, 1891, p. 23-24.

¹⁸ “Another movement, in contradistinction to the one just described, was going on at the same time in those same states, and in New York. There, as far back as 1850, provisions had been made for the appointment of temporary boards of commissioners, to arbitrate and settle disputes between parties, to appraise lands, to fix routes of roads, to award damages, and to adjust all such disputes as might naturally arise between parties on railroad matters. There was nothing permanent in the nature of those boards of arbitration, but as railroads increased, difficulties increased and the boards were often retained for some considerable time. Their powers were very limited and their office usually expired upon the settlement of the particular dispute or group of disputes which they came together to adjust.” In: CLARK, 1891, p. 24.

¹⁹ “From temporary to permanent boards of arbitrators was a perfectly natural step. But, as has been shown, there already existed in several of the states permanent supervisory boards of railroad commissioners. What could be more natural than that the two functions of arbitration and supervision should be combined and exercised by one and the same commission? In 1869 this was done in and through the establishment of the Massachusetts commission.’ Both ideas, namely, arbitration and supervision, were thus focused in one permanent administrative body created by the state and responsible to the state. Both ideas were consequently strengthened and greatly improved by their new setting. Here it is that one finds the real beginning of modern state railroad commissions.” In: CLARK, 1891, p. 25.

²⁰ “In strong contrast to the Massachusetts commission, in growth and development, stands the Illinois commission, which may be taken as the type of all those commissions that may be termed regulative in function and character - not that the idea of regulation supplants that of supervision and recommendation as embodied in the Massachusetts commission, but that regulation and enforcement are functions exercised by the Illinois commission in addition to supervision and advice. The former supersedes the latter, giving color and character to the commission.” In: CLARK, 1891, p. 32.

O surgimento da agência de Illinois teve como estímulo os excessos praticados pelos concessionários dos serviços ferroviários, que ao construírem ferrovias em quantidade muito além da necessidade do mercado, passaram a ver seus rendimentos diminuir, recorrendo a esquemas obscuros e taxações abusivas para garantirem seu lucro, o que acontecia pela falta de instrumentos estatais para controlar os privilégios e excessos.²¹

Diante desse cenário, entre 1869 e 1887, deu-se origem ao “*Granger Movement*”, uma coalizão de fazendeiros do “meio-Oeste” com a finalidade de fomentar discussões educacionais e ter um cunho social. Entretanto, o que mais atraiu integrantes para o movimento foi a necessidade de se tomarem medidas unificadas contra os monopolistas donos de ferrovias e de elevadores de grãos (geralmente de propriedades das próprias ferrovias) que cobravam taxas exorbitantes dos fazendeiros.²²

Como resultado das pressões do movimento, os seus organizadores conseguiram que, em 1870, após uma forte renovação no parlamento estadual, fosse aprovada uma nova constituição do Estado de Illinois, tornando mandatório que a assembleia geral promulgasse certas leis para o controle das ferrovias. O mesmo aconteceu em outros Estados: Iowa em 1874, Nebraska e Alabama em 1875, e Califórnia em 1879. Todos esses estados declararam que as ferrovias eram estradas *públicas* e livres diante das normas regulamentares.²³

²¹ “*Railroads were projected everywhere, and still, from all sides, there came the continual call for more. The legislatures of the western states, supported by the people, unhesitatingly granted concessions to the roads. They granted also the exercise of certain charter rights; and now, for the lack of power to control and limit these privileges, the legislatures find themselves hampered in no small degree.*”² *The result of the excitement was a trebling of the annual increase in railroad building between the years of 1868 and 1871. Railroad construction was extended far in advance of actual public needs, and the traffic ceased to afford remunerative returns on the capital invested, except as the roads resorted to under-hand and secret means of making profits. No legislative check was placed upon the granting of charters, consequently there no limit to railroad building. Neither was there any remedy for the prevailing evils, no any guarantee of a better condition of affairs in the future.*” In: CLARK, 1891, pp. 18-19.

²² “*Granger movement, coalition of U.S. farmers, particularly in the Middle West, that fought monopolistic grain transport practices during the decade following the American Civil War. The Granger movement began with a single individual, Oliver Hudson Kelley. Kelley was an employee of the Department of Agriculture in 1866 when he made a tour of the South. Shocked by the ignorance there of sound agricultural practices, Kelley in 1867 began an organization—the Patrons of Husbandry—he hoped would bring farmers together for educational discussions and social purposes. The organization involved secret ritual and was divided into local units called “Granges.” At first only Kelley’s home state of Minnesota seemed responsive to the Granger movement, but by 1870 nine states had Granges. By the mid-1870s nearly every state had at least one Grange, and national membership reached close to 800,000. What drew most farmers to the Granger movement was the need for unified action against the monopolistic railroads and grain elevators (often owned by the railroads) that charged exorbitant rates for handling and transporting farmers’ crops and other agricultural products. The movement picked up adherents as it became increasingly political after 1870.*” In: “Encyclopedia Britannica. Granger Movement. American farm coalition. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.britannica.com/event/Granger-movement>. Acesso em: 31.07.2019.

²³ “*A new state constitution was adopted in 1870, making it mandatory upon the general assembly to enact certain laws for the control of the railroads. Iowa in 1874, Nebraska and Alabama in 1875, and California in 1879 drew up new constitutions containing similar provisions, and each declared the railroads*

Em Illinois, inclusive, houve a grande mudança de cenário no tocante aos limites da regulação, pois os legisladores chegaram ao ponto de *fixar um limite máximo* para as taxas, valendo ressaltar, que em muitos outros estados as agências reguladoras foram *criadas por lei* para garantir que a regulação fosse aplicada. Mais progressista ainda foi o estado da Califórnia, que chegou a adotar o sistema de agências reguladoras como parte do “bloco de constitucionalidade” (*organic law*) do Estado.²⁴

Em decorrência disso, em 1871, foi aprovada uma lei no Estado de Illinois fixando preços máximos (modalidade de regulação forte – que é a praticada pelas *strong commission*) para as taxas de transporte ferroviário e armazenagem/elevadores de grão, além de exigir dos operadores dos armazéns uma licença específica. Pouco depois, leis parecidas também foram aprovadas nos Estados de Minnesota, Wisconsin e Iowa. Ao serem desafiadas como inconstitucionais, essas leis tiveram sua validade declarada pela Suprema Corte (desde que a regulação apenas incidisse dentro das fronteiras do respectivo Estado) no que ficou conhecido como “*granger cases*”.^{25 26}

Diante da limitação imposta pela Suprema Corte²⁷ nos casos *Grangers* e em outros que se seguiram, no sentido de que a regulação emanada pelas Agências estaduais só teria efeito dentro do território dos próprios estados, mostrou-se necessária a construção de um modelo de atuação a nível federal, de modo a evitar as falhas de mercado que incidiam no comércio interestadual.

to be public highways and free to all persons for the transportation of their persons or property under such regulations as might be prescribed by law.” In: CLARK, 1891, p. 22.

²⁴ *“In Illinois they went so far as to make it the duty of the legislature to fix schedules of maximum rates; and in many of the states, commissions were created by statute to see that the laws were enforced. California, however, went a step further than the rest and adopted the commission system as a part of the organic law.” In: CLARK, 1891, p.22.*

²⁵ *“The series of cases specially referred to as “Granger cases”, comprise Munn v. Illinois; Chicago, Burlington & Quincy Railroad Company. v. Iowa; Peik v. Chicago & N. W. Railway Company.; Chicago, Milwaukee & Paul Railroad Company v. Ackley; Winona & St. Peter Railroad Company. v. Black and Stone v. Wisconsin, reported in 94 U.S., pp. 113 to 187. (...) The leading or principal of the court was delivered in the case of Munn v. Illinois. (...) The leading case of Munn v. Illinois arose in this wise. The General Assembly of Illinois, in 1871, passed an act which, among other things, prescribed maximum rates for the storage of grain in a certain class of warehouses, commonly called elevators, and required warehousemen to obtain license therefor, and prescribed penalties for engaging in that business without such license, or for charging greater rates than those allowed by law.” In: EDSALL, 1887, pp. 289-290.*

²⁶ *“In 1871 Illinois farmers were able to get their state legislature to pass a bill fixing maximum rates that railroads and grain-storage facilities could charge. Minnesota, Wisconsin, and Iowa later passed similar regulatory legislation. These laws were challenged in court, and what became known as the “Granger cases” reached the Supreme Court in 1877. The most significant of the Granger cases was Munn v. Illinois (q.v.), in which a Chicago grain-storage facility challenged the constitutionality of the 1871 Illinois law setting maximum rates. The court, with Chief Justice Morrison Remick Waite writing for the majority, upheld the state legislation on the grounds that a private enterprise that affects the public interest is subject to governmental regulation.” In: Encyclopedia Britannica. Granger Movement. American farm colition. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.britannica.com/event/Granger-movement>. Acesso em 05.08.2018.*

²⁷ *Munn v. Illinois, 94 U.S., 113 (1876); Peik v. Chicago & Northwestern Railway Company, 94 U.S. 164 (1876); e Wabash, . Louis & Pacific Railway Company v. Illinois, 118 U.S. 557 (1886).*

Assim, em 1887, com a aprovação do *Interstate Commerce Act* pelo Congresso dos Estados Unidos da América, nasce a primeira agência reguladora federal, a *Interstate Commerce Commission*.

Apenas três anos depois, em 1890, foi editada a primeira lei do antitruste norte-americano, visando o combate dos cartéis estabelecidos à época. Essa lei ficou conhecida como *The Sherman Act*²⁸, após ter sido proposta pelo senador Republicano, John Sherman, e aprovada pelo presidente republicano, Benjamin Harrison.

O *Sherman Act* foi uma resposta à industrialização, ao crescimento do setor ferroviário, às grandes corporações comerciais que surgiram pós-guerra civil, e, principalmente, devido a uma sociedade que começava a se preocupar com os “*trusts*” que estavam caminhando para dominar importantes mercados industriais.

A lei, que foi considerada altamente controversa e de rara aplicação (*enforcement*) por quase uma geração, foi sujeita a diversas mudanças de interpretação, refletindo os diferentes papéis que as corporações na exerciam na economia norte-americana, sendo um questionamento presente à época se a Lei havia apenas codificado o antigo *common law* ou se foi criada com a intenção de barrar todas as restrições ao mercado. A confirmação de que o governo pretendia realmente combater às restrições ao mercado só veio em 1911, com o desfazimento do monopólio da *Standard Oil of New Jersey*²⁹ em várias companhias menores, ficando reforçada a ressalva, entretanto, de que a Lei só impediria as restrições que fossem consideradas pelo Judiciário como irrazoáveis (*Rule of Reason*³⁰).³¹

Com a vigência do Sherman Act e o desmanche de vários *trusts* sendo implementados (o que tornava o ambiente concorrencial norte-americano bem mais competitivo), as grandes companhias encontraram um modo de burlar a formação dos *trusts*: através da fusão de concorrentes em uma única companhia. Outro problema era a total falta de segurança jurídica, com a ausência de prescrições adequadas definindo quais eram as condutas concorrenciais puníveis.

Para lidar com essas questões, em 1914, o Congresso aprovou algumas leis progressistas³², dentre elas, as mais importantes foram o:

²⁸ “The Sherman Act is the nation’s oldest antitrust law. Passed in 1890, it makes it illegal for competitor to make agreements with each other that would limit competition. So, for example, they can’t agree to set a price for a product—that’d be price fixing. The Act also makes it illegal for a business to be a monopoly if that company is cheating or not competing fairly. Corporate executives who conduct their business that way could wind up paying huge fines—and even go to jail!” In: FTC Fact Sheet: Antitrust Laws: A Brief History. Disponível no endereço eletrônico: https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf. Acesso em 31/07/2019.

²⁹ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

³⁰ United States v. E. C. Knight Co., 156 U.S. 1 (1895).

³¹ FOER, 1999, p.2.

³² “By 1914, the desire had grown in many different sectors to define more clearly what restraints and what combinations would be predictably illegal. A burst of Progressive legislation gave two responses.

*The Clayton Antitrust Act*³³, aumentando a capacidade do governo de intervir e desmontar os *trusts*. A Lei removeu a aplicação da lei antitruste dos sindicatos (*trade unions*), e concedeu ao governo a competência de controlar os atos de concentração (ao tempo, as fusões). Mais do que isso, a Lei ainda sanou o problema de falta de segurança jurídica que vigorava ao tempo, trazendo de maneira expressa quais eram os comportamentos proibidos.

*The Federal Trade Commission Act*³⁴, pelo qual se criou uma nova agência reguladora federal (outra nomenclatura possível: *federal agency*), com corpo técnico especializado para análise antitruste, criou-se um sistema administrativo capaz de substituir o julgamento pelo Judiciário. Ao contrário do *Clayton Act*, que conferiu alguma segurança jurídica à matéria, o ato de criação da *FTC* tornou ilegal um conceito bastante inespecífico: “métodos desonestos de competição” (*unfair methods of competition*).

Conforme bem se percebe, o desenvolvimento da matéria antitruste esteve intimamente ligado ao processo de “agencificação” norte-americano. A concorrência, vale dizer, não foi promovida apenas pelas leis específicas de antitruste, mas pela própria criação das demais agências reguladoras e de leis reguladoras em geral, que acabaram por influir indiretamente na competição dentro de cada setor, nos mais diferentes contextos da evolução o Estado Administrativo.^{35 36}

The Clayton Act outlawed mergers which may substantially lessen competition or tend to create a monopoly, and also outlawed several specifically defined behavioral abuses such as certain tying arrangements, exclusive contracts, and price discrimination. The Federal Trade Commission Act, taking the opposite approach, made illegal the very unspecific “unfair methods of competition”. It created an administrative system capped by a panel of expert commissioners in place of the trial level judiciary.” In: FOER, 1999, pp. 2-3.

³³ “The Clayton Act was passed in 1914. With the Sherman Act in place, and trusts being broken up, business practices in America were changing. But some companies discovered merging as a way to control prices and production (instead of forming trusts, competitors united into a single company. The Clayton Act helps protect American consumers by stopping mergers or acquisitions that are likely to stifle competition.” Disponível no endereço eletrônico: https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf Acesso em 31/07/2019.

³⁴ “With the Federal Trade Commission (FTC) Act (1914), Congress created a new federal agency to watch out for unfair business practices—and gave the Federal Trade Commission the authority to investigate and stop unfair methods of competition and deceptive practices.” Disponível no endereço eletrônico: https://www.consumer.ftc.gov/sites/default/files/games/off-site/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf Acesso em 06/08/2018.

³⁵ Sobre as críticas ao Estado Administrativo e as supostas violações à Constituição dos Estados Unidos da América: LAWSON, Gary. *The Rise and Rise of the Administrative State*. Harvard Law Review, Vol. 107, N. 6 (Apr., 1994), pp. 1231-1254.

³⁶ “Along with the antitrust laws, we developed a marbled cake of other laws that directly or indirectly affect competition. Most directly, laws established regulatory agencies like the Interstate Commerce Commission, the Civil Aeronautics Board, and the Federal Communications Commission. These had in common the authority to establish prices, terms of trade, and conditions of entry and exit for industries deemed “natural monopolies” or otherwise too essential and potentially dangerous to be left to the unregulated marketplace. But the theory of regulation was based on the desire to achieve the fruits of competition: if something about the market made *laissez faire* unworkable, public representatives would be empowered

Antes de passar para o próximo item, onde será realizada a análise das teorias que foram construídas pela Suprema Corte dos EUA para lidar com a disputa de competência entre as agências reguladoras e as autoridades antitruste (*FTC* e *DOJ*), colocamos abaixo a sistematização feita por Sérgio Guerra acerca do desenvolvimento da burocracia norte-americana, no que concerne às agências reguladoras:

“A evolução do sistema de agencificação norte-americano pode ser dividida em algumas fases: entre 1837 a 1887, marcada pelos experimentos da regulação do comércio pelos governos estaduais; entre 1887 e 1906, compreende o período entre a reforma agrária e a criação da Interstate Commerce Commission; 1906 a 1917 identifica-se como sendo a era progressista, com destaque para a criação da Federal Trade Commission; 1920 a 1929, período após a primeira guerra mundial, em que foram criadas outras agências, com destaque para a Federal Power Commission e Federal Radio Commission; década de 30, com a grande depressão e a recuperação econômica, destacando-se a criação da Security and Exchange Commission, a Federal Communication Commission, o National Labor Relations Board, a National Maritime Commission, e o Civil Aeronautics Board; década de 40, marcada pela mobilização para a guerra e defesa nacional com destaque para a forte proceduralização da regulação, por meio da aprovação do Administrative Procedure Act, em 1946; a partir da década de 60, até os dias atuais, é considerada a era moderna, em que se destaca o tema da desregulação. Vale ressaltar o evento ocorrido no dia 11 de setembro de 2001 (especialmente os ataques ao World Trade Center), que trouxe um novo debate sobre o movimento de desregulação.”³⁷

to create industries that performed for the public as if they were competitive. Such, at least, was the theory. More indirectly, a host of laws that were intended to deal with issues other than competition inevitably played a role in the shaping of markets. For example, tax laws often had unequal effects on different industries or on differently positioned competitors within a given industry. Trade laws had a huge impact on the conditions of entry into an industry, protecting some from foreign competition and imposing a traumatic level of competition on others. Procurement and subsidy programs often gave competitive advantages to favored recipients. In the 1960's and 1970's, a new crop of laws aimed at protecting consumers, the environment, and the workplace began to have their own indirect impact on competition in the markets they did (or did not) affect. Finally, as the burdens of regulation became increasingly obvious, a deregulatory movement developed in the late 1970's, peaking in the early 1980's. The objective became to replace regulation with free markets --or, where that was not feasible, to redirect it-----through greater reliance on market mechanisms.” In: FOER, 1999, pp. 3-4.

³⁷ GUERRA, 2015. p. 45.

4. A disputa de competências entre os reguladores e as autoridades³⁸ antitruste nos EUA: as teses criadas na Suprema Corte

Nos EUA, na relação (ou batalha política) entre regulação e antitruste incide o seguinte corolário: quanto mais regulado é um setor, menor a incidência das leis concorrenciais, e, ao contrário, na medida em que um determinado mercado sofre um processo de desregulamentação, mais forte se torna a incidência dessas leis.³⁹

Nesse contexto, o papel do antitruste seria justamente trabalhar nas brechas deixadas pelo legislador e regulador após a normatização de determinado mercado, tendo em vista que a regulação seria a estrutura escolhida de acordo com o interesse público, que consubstancia diversos fins e valores que não apenas a concorrência.⁴⁰

Um fator importante para essa conclusão é o fato de que nos EUA, assim como no Brasil existem três fontes de regulação: federal, estadual e local; e, vale dizer, sendo certo que em muitas ocasiões os entes de todos esses níveis regulam o mesmo mercado, como é o caso do uso adequado do solo e dos serviços de telefonia. Apesar disso, as leis de antitruste são predominantemente federais, sem estabelecer uma zona de contado muito grande com a legislação estadual ou local.

Dentro desse cenário, muitas regulações estaduais e locais que estabelecem os preços da energia elétrica, ou de aluguéis residenciais em determinadas zonas da cidade, ou das tarifas de taxi, seriam consideradas infrações concorrenciais pelas leis de antitruste federais, e, mesmo assim, não existe (pelo menos nos tempos atuais)

³⁸ DOJ Antitrust Division e FTC. Para ver a diferença de competência entre as duas autoridades: HUTCHISON, Tood N. *Understanding the Differences Between the DOJ and the FTC*. Disponível no endereço eletrônico: https://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/understanding_differences.html Acesso em 31.07.2019. O próprio FTC disponibiliza em sua página virtual a diferenciação de enforcement das entidades, vide: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers> ; Acesso em 31.07.2019.

³⁹ "One consequence of regulation is a reduced role for the antitrust laws. When the government makes rules about price or output, market forces no longer govern. To that extent antitrust is shoved aside. A corollary is that as an industry undergoes deregulation, or removal from the regulatory process, antitrust re-enters as the residual regulator. Since our fundamental criterion for determining antitrust immunity in regulated industries is the extent of unsupervised private discretionary conduct, the natural result of deregulation is an increased role for the antitrust laws. In general, the more extreme the deregulation-that is, the more that the market is opened to ordinary competitive forces-the greater the role for antitrust. Newly deregulated markets have thus been one of the few places in the last two decades where antitrust has been a growth industry." In: HOVENKAMP, 2004, p. 341.

⁴⁰ "However, a critical premise for understanding the relationship between antitrust and regulation is that it is not antitrust's purpose to throw itself into this centuries-old policy battle. On the question of which markets should be regulated, and by what means, economists have the initial say and legislatures have the final say. It is not the role of federal judges or antitrust juries to decide whether price or entry regulation in the provision of electricity or taxi service is appropriate. Antitrust law takes a market's regulatory structure as given, warts and all, and tries to prevent injuries to competition that the regulatory process leaves untended. Competing with a regulatory regime or substituting its judgment for that of government officials is not antitrust's purpose. This is why we say that antitrust's role is "residual." It picks up only where regulation leaves off." In: HOVENKAMP, 2004, p. 342.

interferência da *FTC* contra essas leis. Resumindo: se uma lei local ou estadual é válida, o regulador concorrencial federal deve atuar apenas de forma residual, assim como também é este o comportamento no caso das regulações setoriais federais, existe uma política de deferência para com a legislação/regulação estadual e local.

Entretanto, vale ressaltar que tem havido uma tendência no antitruste de utilizar diferentes formulações doutrinárias para justificar a intervenção em setores regulados, com fundamento no “nível de soberania” (“*level of sovereign*”) imposto ao regulamento.

No caso de regulações federais aparentemente conflitantes com leis antitruste (também federais), o Judiciário vem tentando aplicar o método de harmonização das regulações potencialmente em conflito⁴¹.

Já as regulações estaduais e locais emanam de um nível inferior de governo. Sob a cláusula da Supremacia da Constituição Federal (“*Supremacy Clause*”), teoricamente, as normas federais de antitruste poderiam prevalecer sobre a regulamentação⁴² estatal ou local, assim como as normas setoriais federais prevalecem sobre as normas setoriais estatais ou locais.

⁴¹ HOVENKAMP, Herbert. Antitruste Violation in Securities Market. 28 J. Corp. L. 607 (2004). Exemplo de decisão judicial nesse sentido em: *Friedman v. Salomon/Smith Barney, Inc.*, 313 F.3d 796 (2d Cir. 2002), onde os autores (investidores de varejo) da ação coletiva alegavam que os réus participaram de um esquema de fixação de preço relativo à venda de títulos, em violação às leis federais de antitruste. Basicamente, os vendedores (subscritores e corretoras) gerenciam ofertas públicas por meio das quais distribuem ações. De acordo com os autores os réus não permitem que os autores revendam suas ações de oferta pública durante um “período restrito” prescrito, entre 30 e 90 dias após a distribuição inicial da oferta. Os réus alegavam a incidência de imunidade antitruste (“*implied immunity doctrine*”) em virtude da existência de regulamentação setorial [actions of the Securities and Exchange Commission (“SEC”), principally under Section 9(a)(6) of the Securities Exchange Act of 1934 (“Exchange Act”), 15 U.S.C. § 78i(a)(6)]. Já os autores defendiam que a conduta dos réus não se beneficiaria da imunidade, tendo em vista que a falha (a ausência de regulação) da agência reguladora do setor (SEC) em regular a conduta de manipulação de preços de ações no mercado de reposição não seria um produto da sua análise antitruste do setor, ou seja, a não regulação da matéria não seria um ato deliberado da agência, e a agência nunca deu a entender ou declarou que a conduta dos réus era permissível. Já os réus alegaram que a agência reguladora (SEC) exerceu sua autoridade como regulador em permitir – através de uma ausência deliberada de regulação – a conduta praticada por eles. A corte de apelação do Segundo Circuite decidiu pela incidência de “*implied immunity*”, no sentido de que: (1) a SEC tem jurisdição exclusiva sobre a estabilização de preços de acordo com a “Section 9(a)(6)”, que permite práticas de estabilização não especificamente proibidas pela agência; (2) O Congresso estava ciente das práticas de estabilização de preços quando aprovou o “Exchange Act” e criou a SEC em 1934; (3) a SEC estudou e regulamentou ativamente as práticas de estabilização nos últimos 60 anos e fez consistentemente uma “avaliação estudada de que os benefícios da estabilização de preços para os mercados de capital superam os aspectos anticompetitivos da manipulação estabilizadora”; e, (4) existe um claro conflito entre a leitura dos autores acerca das leis antitruste e o regulamento da SEC, de acordo com a “Section 9(a)(6)”.

⁴² *Maria Sylvia Zanella Di Pietro enxerga distinção entre regulação e regulamentação em virtude da amplitude dos institutos. Para a autora, a regulamentação teria a capacidade de inovar a ordem jurídica no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados previstos em lei, sendo função atinente às agências reguladoras com estatura constitucional. Já a regulação seria instituto previsto no art. 84, IV da Constituição da República – CRFB, sendo seu exercício limitado à fiel execução das leis, sem espaço para inovação da ordem jurídica. In DI PIETRO, 1999, p. 134. Nesse trabalho nos filiamos a posição de Alexandre Santos de*

Entretanto, não foi essa a interpretação dada pela Suprema Corte. Um princípio básico do federalismo (*Parker Immunity*^{43 44} ou *State Action Immunity*) é que os estados federados têm autonomia para regular suas próprias economias internas, assim como, também compete a eles decidir o quanto delegarão da sua competência para os entes locais (distritos, condados, municípios, etc).

Sob esse fundamento, os tribunais federais, quando tratam de aparentes conflitos entre normas antitruste federais e regulações estaduais, ou locais, fazem uma análise criteriosa, exigindo alguns requisitos para que as normas concorrenciais federais possam afastar a regulação setorial estadual/local.

Assim, foram criadas várias formulações verbais para lidar com os diferentes tipos de conflito regulatório. A relação entre a lei federal de antitruste e os vários regimes regulatórios é coberta por três conjuntos de regras de antitruste:

- (i) A doutrina da imunidade regulatória federal (*the doctrine of federal regulatory immunity*);
- (ii) A doutrina da imunidade regulatória estadual (*the state action immunity doctrine*);
- (iii) A doutrina de imunidade de petição (*the Noerr-Pennington doctrine*).

4.1 Leis Antitruste Federais vs. Regulações Setoriais Federais: imunidades implícitas e expressas

Em primeiro lugar, no tocante à imunidade regulatória federal, resta dizer que se trata de gênero que comporta duas espécies: implícita (*implied*) e expressa (*express*).

Quando a imunidade antitruste é expressa, o papel do Judiciário (Tribunais Federais) se restringe, basicamente, a certificar que os requisitos previstos na regulação foram satisfeitos. Um exemplo seria a greve trabalhista⁴⁵, que, caso não houvesse previsão expressa na legislação federal, seria considerada um acordo ilegal de fixação de preços entre os funcionários.

Aragão, no sentido de que: “Muitas vezes os mecanismos dúcteis de normatização da economia são identificados com a totalidade do âmbito conceitual de ‘regulação’, conceito do qual estariam excluídos os mecanismos de caráter preponderantemente interventivo e sancionatório, que constituiriam a ‘regulamentação’. Como visto, essa não é nossa posição. Se hoje se prega uma normatização mais flexível, a diferença entre elas não é de natureza, mas apenas de grau e de estratégia interventiva.” In ARAGÃO, 2013. p.30.

⁴³ Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (January 4, 1943).

⁴⁴ Para ver uma análise crítica à Parker Immunity: SANDEFUR, 2014.

⁴⁵ 15 U.S.C. § 17.

Já a imunidade antitruste federal implícita (*Implied Immunity Doctrine*) existe quando o regulamento federal questionado à luz da lei antitruste federal não confere imunidade de maneira expressa, porém, a imunidade parece ser necessária de modo a se evitar conflitos entre a regulação e a lei concorrencial.

No geral, o Judiciário tenta assegurar que a aplicação das leis federais de antitruste não interfiram com a habilidade das Agências Reguladoras de realizarem sua missão institucional. O Judiciário é mais tendencioso em reconhecer a incidência de uma imunidade se a própria agência reguladora, em suas tomadas de decisão, demonstrar preocupações concorrenciais.

No geral, onde o regime regulatório controla variáveis tais como: preço, entrada no mercado, comportamento coordenado entre concorrentes, fusões, ou prática exclusionária do mercado, a imunidade antitruste provavelmente será essencial para que não se frustrem os objetivos regulatórios:

“In general, courts try to ensure that application of the antitrust laws does not interfere with the agency's ability to do its proper job. In addition, they are more likely to find an immunity if the agency itself considered competitive concerns in making its decision. This is not always the case. For example, a government regulation may be concerned entirely with safety or the financial solvency of regulated firms, and agency supervision may largely ignore competitive concerns. By contrast, where the regulatory regime controls such things as pricing, entry by new firms, joint market behavior, mergers, or possible exclusionary practices, antitrust immunity may be essential if regulatory goals are not to be frustrated.”⁴⁶

A *Implied Immunity*, vale dizer, teve dois momentos de interpretação na jurisprudência norte-americana, antes e depois do ano de 2004.⁴⁷

4.1.1 Imunidades Implícitas: período anterior ao ano de 2004

A normas regulamentares (*regulatory statutes*), em relação ao conflito com as leis de antitruste, podem fazer basicamente três coisas:

- (i) Expressamente tornarem uma determinada conduta como exceção à incidência de normas concorrenciais, em um determinado setor da economia, através de uma cláusula de preempção ou de imunidade (*preemption* ou *immunity clause*);

⁴⁶ HOVENKAMP, 2004, p. 345.

⁴⁷ SHELANSKI, 2011, pp. 687-710.

- (ii) Expressamente conservar a aplicabilidade do direito concorrencial através de uma cláusula de salvaguarda (*savings clause*); ou,
- (iii) Se silenciar acerca da questão.

No caso de um silêncio na regulação, a regra que emergiu dos primeiros julgados, era de que os tribunais (judiciário) não deveriam privilegiar o reconhecimento da imunidade implícita (*implied immunity*), de modo a apenas exigir que as leis anti-truste cedessem em relação às regulações setoriais onde, e na menor extensão possível, fosse necessário para que as previsões da regulação específica fossem necessárias a atingir seus objetivos.

Objetivamente, a Suprema Corte definiu que para o reconhecimento da imunidade implícita era necessário a verificação do *standard* da “*plain repugnancy*”, que nada mais é do que a averiguação de uma repugnância (contradição) evidente entre a aplicabilidade da lei concorrencial e da regulação.⁴⁸

O conceito de “repugnância evidente” (*plain rapugnancy*) ou “contradição evidente”, por óbvio, ganhou maturidade e foi se tornando mais objetiva ao longo de três principais julgados da Suprema Corte dos EUA.

⁴⁸ A decisão no caso “*Alan Friedman, et al., v. Salomon Smith Barney, Inc. et al.*”, decidido pela United State Court of Appeals for the Second Circuit” explica a origem jurisprudencial da *Implied Immunity* e o *standard* da *plain repugnancy*:

“8. The doctrine of implied immunity rests on three Supreme Court cases: *Silver v. New York Stock Exch.*, 373 U.S. 341, 83 S.Ct. 1246, 10 L.Ed.2d 389 (1963), *Gordon v. New York Stock Exch., Inc.*, 422 U.S. 659, 95 S.Ct. 2598, 45 L.Ed.2d 463 (1975), and *United States v. National Ass'n of Sec. Dealers, Inc.*, 422 U.S. 694, 95 S.Ct. 2427, 45 L.Ed.2d 486 (1975) (“NASD”). Generally, courts should not abrogate antitrust laws through implied immunity, also known as implied repeal or revocation, “casually” because “repeal by implication is not favored.” *Finnegan v. Campeau Corp.*, 915 F.2d 824, 828 (2d Cir.1990) (quotation marks and citation omitted). Implied immunity will exist “[o]nly where there is a plain repugnancy between the antitrust and regulatory provisions.” *Id.* (quotation marks and citation omitted). “[R]epeal of antitrust jurisdiction cannot be implied simply when the antitrust laws and a regulatory scheme overlap.” *Strobl v. New York Mercantile Exch.*, 768 F.2d 22, 27 (2d Cir.1985). Importantly, the “plain repugnancy,” or conflict, between antitrust and securities laws extends to potential as well as actual conflicts. *Id.*

9. As the district court below recognized, implied immunity analysis requires a fairly fact-specific inquiry into the nature and extent of regulatory action that allegedly conflicts with antitrust law. See *Friedman I*, 2000 WL 1804719, at *4-5 (listing relevant factors to implied immunity analysis). In their arguments on appeal, the parties largely compare the case at bar to the facts of prior cases, making a brief review of those cases helpful here.

10. In *Finnegan*, we found implied immunity where a direct conflict existed between antitrust law, which would prohibit joint takeover bidders, and the Williams Act, 15 U.S.C. §§ 78m(d)-(e) & 78n(d)-(f), which allowed competing bidders to make joint bids as long as they complied with SEC disclosure regulations. *Finnegan*, 915 F.2d at 829-31. In light of the direct conflict, implied immunity was necessary for the “proper functioning of the securities laws.” *Id.* at 831. In *Finnegan*, we held that “[w]e cannot presume that Congress has allowed competing bidders to make a joint bid under the Williams Act and the SEC’s regulations and taken that right away by authorizing suit against such joint bidders under the antitrust laws.” *Id.* at 830.”

No primeiro julgado, *Silver v. New York Exchange*⁴⁹, a Suprema Corte entendeu que os Tribunais deveriam tentar uma conciliação entre o que diz a lei antitruste e a regulação supostamente em conflito, decidindo que não existia nada na regulação analisada (*Securities Act*) que autorizasse a adoção de uma conduta competitiva, portanto, deveria prevalecer as previsões do *Sherman Act*.

No segundo precedente, *Gordon v. New York Stock Exchange, Inc.*, a Suprema Corte trouxe uma visão mais ampla acerca do que constituía “repugnância” ao analisar uma reivindicação antitruste contra corretores, por conspirarem para fixar preços. As lei de valores imobiliários (*securitie laws*) autorizava a agência reguladora federal do setor (*Securities and Exchange Commission – SEC*) a regular as práticas de fixação de taxas dos corretores e aprovar as taxas fixas, e, naquele caso, a agência reguladora de fato decidiu proibir o tipo de fixação de tarifas no mercado.

⁴⁹ 373 U.S. 341 (1963): “Petitioners, two Texas over the counter broker-dealers in securities, who were not members of the New York Stock Exchange, arranged with members of the Exchange in New York City for direct-wire telephone connections which were essential to the conduct of their businesses. The members applied to the Exchange, as required by its rules promulgated under the Securities Exchange Act of 1934, for approval of the connections. Temporary approval was granted and the connections were established; but, without prior notice to petitioners, the applications were denied later, and the connections were discontinued, as required by rules of the Exchange. Allegedly as a result, one of the petitioners was forced out of business and the other's business was greatly diminished. Notwithstanding repeated requests, officials of the Exchange refused to grant petitioners a hearing or even to inform them of the reasons for denial of the applications. Petitioners sued the Exchange and its members in a Federal District Court for treble damages and injunctive relief, claiming that their collective refusal to continue the direct-wire connections violated the Sherman Act.

Held: *The duty of self-regulation imposed upon the Exchange by the Securities Exchange Act of 1934 did not exempt it from the antitrust laws, nor justify it in denying petitioners the direct-wire connections without the notice and hearing which they requested. Therefore, the Exchange's action in this case violated §1 of the Sherman Act, and the Exchange is liable to petitioners under §§ 4 and 16 of the Clayton Act. (Pp. 373 U. S. 342-367.)*

(a) *Absent any justification derived from the Securities Exchange Act of 1934 or otherwise, removal of the direct-wire connections by collective action of the Exchange and its members constituted a per se violation of §1 of the Sherman Act, since it was a group boycott depriving petitioners of a valuable business service which (Page 373 U. S. 342) they needed in order to compete effectively as broker-dealers in the over the counter securities market. (Pp.373 U. S. 347-349.)*

(b) *In the light of the design of the Securities Exchange Act of 1934 to give the exchanges a major part in curbing abuses by self-regulation, the rules applied in the present case were germane to the performance of the duty implied by §§ 6 (b) and 6 (d) to have rules governing members' transactions and relationships with nonmembers. (Pp. 373 U. S. 349-357.)*

(c) *The statutory scheme of the Securities Exchange Act of 1934 is not sufficiently pervasive to create a total exemption from the antitrust laws, but particular instances of exchange self-regulation which fall within the scope and purposes of the Act may be regarded as justified in answer to the assertion of an antitrust claim. Pp. 373 U. S. 357-361.*

(d) *In denying petitioners the direct-wire connections without according them the notice and hearing which they requested, the Exchange exceeded the scope of its authority under the Securities Exchange Act of 1934 to engage in self-regulation. Therefore, it was not justified in doing what otherwise was an antitrust violation. Pp. 373 U. S. 361-367.*

302 F.2d 714, reversed.” (g.n.)

A Corte, no entanto, constatou que, apesar da compatibilidade entre a lei antitruste e a regulação, o que a priori faria incidir a lei concorrencial que proibiria o estabelecimento de comissões em valores fixos, a autoridade da agência reguladora (*SEC*) seria anulada caso se permitisse que aquela ação judicial prosseguisse.

Em virtude disso, a Suprema Corte considerou que a possível violação da lei antitruste pelo exercício do poder regulatório (sob a égide da Lei de valores imobiliários), no presente caso, faria incidir a imunidade antitruste, visto que restaria caracterizada *suficientemente* a repugnância/contradição ("*repugnant*") entre a regulação e a lei antitruste.

Após os casos *Silver* e *Gordon*, a jurisprudência foi pacificada no sentido de que "*plain repugnancy*" restaria configurada sempre que a incidência da legislação antitruste pudesse impedir as condutas, que os reguladores poderiam autorizar, sob a alçada de competência conferida por sua lei de instituição (*regulatory statute act*).

Por fim, a Corte esclareceu no precedente *United States v. National Ass'n of Securities Dealers (NASD)*⁵⁰ que mesmo na ausência de *supervisão regulatória ativa* da conduta

⁵⁰ "Held: 1. Neither the language nor legislative history of § 22(d) justifies extending the section's price maintenance mandate beyond its literal terms to encompass transactions by broker-dealers acting as statutory "brokers." (Pp. 422 U. S. 711-720.)

(a) To construe § 22(d) to cover all broker-dealer transactions would displace the antitrust laws by implication and also would impinge on the SEC's more flexible authority under § 22(f). Implied antitrust immunity can be justified only by a convincing showing of clear repugnancy between the antitrust laws and the regulatory system, and here no such showing has been made. Pp. 422 U. S. 719-720.

(b) Such an expansion of § 22(d)'s coverage would serve neither this Court's responsibility to reconcile the antitrust and regulatory statutes where feasible nor the Court's obligation to interpret the Investment Company Act in a manner most conducive to the effectuation of its goals. P. 422 U. S. 720.

2. The vertical restrictions sought to be enjoined in Counts II-VIII are among the kinds of agreements authorized by § 22(f), and hence such restrictions are immune from liability under the Sherman Act. (Pp. 422 U. S. 720-730.)

(a) The restrictions on transferability and negotiability contemplated by § 22(f) include restrictions on the distribution system for mutual fund shares as well as limitations on the face of the shares themselves. To interpret the section as covering only the latter would disserve the broad remedial function of the section, which, as a complement to § 22(d)'s protection against disruptive price competition caused by dealers' "bootleg market" trading of mutual fund shares, authorizes the funds and the SEC to deal more flexibly with other detrimental trading practices Page 422 U. S. 696 by imposing SEC-approved restrictions on transferability and negotiability. (Pp. 422 U. S. 722-725).

(b) To contend, as the Government does, that the SEC's exercise of regulatory authority has been insufficient to give rise to an implied immunity for agreements conforming with § 22(f) misconceives the statute's intended operation. By its terms, § 22(f) authorizes properly disclosed restrictions unless they are inconsistent with SEC rules or regulations, and thus authorizes funds to impose transferability or negotiability restrictions subject to SEC disapproval. (Pp. 422 U. S. 726-728.)

(c) The SEC's authority would be compromised if the agreements challenged in Counts II-VIII were deemed actionable under the Sherman Act. There can be no reconciliation of the SEC's authority under § 22(f) to permit these and similar restrictive agreements with the Sherman Act's declaration that they are illegal per se. In this instance, the antitrust laws must give way if the regulatory scheme established by the Investment Company Act is to work. (Pp. 422 U. S. 729-730.)

3. The activities charged in Count I are neither required by § 22(d) nor authorized under § 22(f), and therefore cannot find antitrust shelter therein. The SEC's exercise of regulatory authority under the Maloney

em questão em uma reivindicação antitruste, o Judiciário poderia aplicar a imunidade se a conduta contestada pudesse ser permitida nos termos da regulação, e se a agência reguladora geralmente exercesse “o tipo de supervisão dos regulados que o Congresso a contemplou”.

Já no tocante às regulações que expressamente conservam a aplicação do direito antitruste no seu âmbito de normatização, através de cláusulas de salvaguarda (*anti-truste savingng clause*), é preciso esclarecer que existem poucos casos antes do ano de 2004 tratando especificamente sobre esta situação.

Os dois casos mais relevantes se referem ao âmbito da lei de telecomunicações (*Telecommunication Act*) de 1996⁵¹, que expressamente garante a aplicação de suas normas em conjunto com o direito antitruste:

“Sec. 601

(b) Antitrust Laws, -

(1) Saving Clause. – Except as provided in paragraphs (2) and (3), nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws.”⁵²

A lei de instituição da agência (*statute*) instrui a *FCC (Federal Communications Commission)* a implementar regras segundo as quais os concessionários de telefonia (*Incumbent Local Exchange Carrier – ILECs*) devem fornecer acesso as suas instalações (rede de infraestrutura) para novos competidores, conhecidos como “os competitivos provedores de câmbio locais” (*“competitive local Exchange providers” – CLECs*), cuja entrada no mercado tenderia à impossibilidade se não houvesse um “desmembramento” das redes dos concessionários, que detinham o monopólio da prestação do serviço.

Desse modo, a regulação permite que os novos entrantes que desejem fornecer serviço telefônico a um cliente em uma determinada área façam com que o incumbente⁵³ conecte a linha do cliente ao equipamento de roteamento e faturamento do

and Investment Company Acts is sufficiently pervasive, however, to confer implied immunity from antitrust liability for such activities. Pp. 422 U. S. 730-735. (422 U.S. 694 (1975))”(g.n.)

⁵¹ O próprio *Telecommunication Act (1996)* foi designada para “promote competition and reduce regulation in order to secure lower prices and higher quality services for American telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies.” *Preâmbulo do Telecommunications Act of 1996.*

⁵² § 601 (b)(1), 47 U.S.C.

⁵³ *Concessionários detentores das redes de infraestrutura, possuindo o oligopólio da prestação do serviço.*

novo participante. Assim, o entrante consegue prover o serviço sem ter que, primeiro, construir as caríssimas estruturas de rede para possibilitar que os consumidores que desejem contratá-lo consigam se conectar a ele.⁵⁴

Nesse contexto, duas ações judiciais mais relevantes surgiram onde os autores apresentaram demandas antitruste sob o argumento de os incumbentes (oligopólios locais de telefonia) não terem lidado adequadamente, sob a lei de 1996, com as *CLECS* de quem os autores estavam tentando contratar o serviço telefônico.

O primeiro caso é o *Goldwasser v. Ameritech Corp*⁵⁵, julgado pelo Sétimo Circuito (*United State Court of Appeals for the Second Circuit*⁵⁶). Os autores afirmavam que a *Ameritech* teria violado a seção 2 do *Sherman Act* ao se negar a cumprir as disposições locais de concorrência da *Telecommunication Act* de 1996:

“Under the 1996 Act, Ameritech has special responsibilities as the incumbent local exchange carrier, or ILEC, to cooperate with potential entrants as they seek to break into the local services markets. Believing that Ameritech was flouting its obligations under the 1996 Act and unlawfully monopolizing under Section 2 of the Sherman Act, they filed the present suit as a class action on September 26, 1997.”

Nesse caso, a Corte, ao entender que os regulamentos emanados pela *FCC* sob o âmbito da *Telecommunication Act* iriam muito além do que as imposições da lei de antitruste por si só exigiriam em termos de obrigatoriedade de negociar com concorrentes, e, ao não encontrar nada no pleito dos autores que afirmasse que a conduta dos réus violava de alguma forma a Seção 2 do *Sherman Act* independentemente das

⁵⁴ Trecho da decisão no caso *Goldwasser v. Ameritech Corp* (2000) explicando a sistemática trazida pela nova regulação: “Incumbent LECs, or ILECs, have additional duties under the statute, which are spelled out in § 251(c): they must negotiate in good faith to create the agreements necessary for fulfilling the subpart (b) duties; they must provide for “requesting telecommunications carriers” appropriate interconnections; they must provide unbundled access to network elements at any technically feasible point on just, reasonable and nondiscriminatory terms; they must offer to aspiring competitors at wholesale rates any services that they sell at retail; and they must give reasonable public notice of changes in their services that would affect others. The 1996 Act contains specific language about its relation to the federal antitrust laws. Section 601(b)(1), found at 47 U.S.C.A. § 152 Historical and Statutory Notes, provides that “nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws.” To similar effect, § 601(c)(1) states that “[t]his Act and the amendments made by this Act shall not be construed to modify, impair, or supersede Federal, State, or local law unless expressly so provided in such Act or amendments.”

⁵⁵ *United States Court of Appeals, Seventh Circuit. Richard Goldwasser, et al., individually and on behalf of all others similarly situated, Plaintiffs-Appellants, v. Ameritech Corporation, Defendant-Appellee. Nº 98-1439. Decided: July 25, 2000.*

⁵⁶ *Mutatis mutandi seria comparado a um Tribunal Regional Federal brasileiro. No sistema judicial federal americano, as 94 cortes distritais são organizadas em 12 circuitos, ou regiões. Cada circuito tem a sua própria Corte de Apelações que revidas os casos decididos pelas Cortes Distritais do circuito. As Cortes Americanas de Apelação do Circuito Federal possuem 13 cortes de apelação, e essas cortes julgam casos específicos vindo de todos os lugares dos EUA. Informações disponíveis em: <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/about-us-courts-appeals> Acesso em 31/07/2019.*

previsões regulamentares, o Sétimo Circuito considerou que os autores não conseguiram demonstrar uma base para a responsabilização antitruste dos réus, rejeitando, assim, a ação:

“But, as we will show, this case cannot survive as a pure antitrust suit against Ameritech, freed from the specific regulatory requirements Congress imposed in the 1996 Act. Only if Section 2 somehow incorporates the more particularized statutory duties the 1996 Act has imposed on ILECs like Ameritech would Ameritech's alleged failure to comply with the 1996 Act be, in itself, also an antitrust violation. In considering whether this is so, we necessarily make an inquiry similar to the one in Silver v. New York Stock Exchange, 373 U.S. 341, 83 S.Ct. 1246, 10 L.Ed.2d 389 (1963), about the extent to which antitrust rules apply in this industry and the extent to which a different federal statute—the 1996 Act—provides the governing rules of law. If that inquiry reveals a conflict between the antitrust laws and the 1996 Act, we would need to reach the question of implied immunity; if it shows instead that the two laws are reconcilable, immunity is beside the point.”

Importante salientar que a *saving clause* da *Telecommunication Act* sequer chegou a ser discutida no julgado, pois a Corte considerou que a acusação do autor demonstrava uma violação antitruste que demandava a análise da sua relação com o esquema regulatório. Ou seja, a demanda tinha como fundamento a legislação antitruste apenas de maneira reflexa:

“Our principal holding is thus not that the 1996 Act confers implied immunity on behavior that would otherwise violate the antitrust law. Such a conclusion would be troublesome at best given the antitrust savings clause in the statute. It is that the 1996 Act imposes duties on the ILECs that are not found in the antitrust laws. Those duties do not conflict with the antitrust laws either; they are simply more specific and far-reaching obligations that Congress believed would accelerate the development of competitive markets, consistently with universal service (which, we note, competitive markets would not necessarily assure).

The only question that remains under the antitrust part of the case is whether anything the plaintiffs have alleged can be divorced from its 1996 Act context such that it states a freestanding antitrust claim for Rule 12(b)(6) purposes.”

Já o segundo caso, apelidado de *Trinko* (*Law Offices of Curtis V. Trinko v. Bell Atl. Corp.*⁵⁷), teve um resultado diferente, mesmo que teoricamente fosse idêntico ao primeiro (*Goldwasser*). O *Incumbent Provider* (concessionário) do serviço de telefonia

⁵⁷ 305 F.3d 89 (2d Cir. 2002).

local de Nova York era a corporação *Bell Atlantic*, que no ano 2000 se fundiu com a *GTE* para formar a *Verizon*.

Nesse caso o entrante (*competitive local exchange providers – CLECs*) tentando prestar o serviço de telefonia local em Nova York era a *AT&T*, que estava fora do mercado de telefonia local desde sua última desventura em 1984.

O autor da ação, *Curtis V. Trink*, tinha um escritório de advocacia e contratou a *AT&T* para fornecer o serviço de telefonia local. O problema foi que, assim como outros clientes de varejo que contrataram a *AT&T*, o sr. *Curtis* acabou se deparando com problemas de atraso no fornecimento do serviço. Os referidos problemas seriam devido a uma disputa com a *Bell Atlantic* sobre o acesso, pela *AT&T*, à rede de infraestrutura local.

Justamente porque o sr. *Curtis* não conseguia exercer seu poder de escolha no tocante à contratação dos serviços de telefonia local, ele processou a *Verizon* sob a alegação de violação à Seção 2 do *Sherman Act*, assim como, por violação ao *Communication Act*. Ele alegou que a *Verizon* discriminou concorrentes ao não permiti-los o acesso às redes de infraestrutura que eles precisavam para a prestação de seus serviços.

Todas as condutas da *Verizon* cujo o autor da ação afirmou que eram ilegais tinham como base violações a deveres regulatórios previstos na *Telecommunication Act* de 1996. O dano geral à concorrência que pudesse fornecer substância independente para uma reinvidicação antitruste aparece, sem especificidade, apenas em uma emenda da petição inicial da *Trinko*.

Ou seja, o autor edificou toda a sua tese em cima do descumprimentos de preceitos regulamentares do *Telecommunication Act*, porém foi esperto o suficiente para escrever em um parágrafo que, independente da violação regulamentar, a ação também se pautava em uma violação geral ao *Sherman Act*, criando, desse modo, um fundamento antitruste para a sua ação que fosse independente do fundamento regulamentar.

Desse modo, a Corte Distrital (primeira instância) rejeitou a ação por não encontrar uma reinvidicação antitruste distinta da suposta violação pela *Verizon* da *Telecommunication Act*, ao qual o autor não teria legitimidade, pois a violação do ato regulamentar não concede direitos privados de ação em uma Corte federal.⁵⁸

⁵⁸ *Trinko*, 540 U.S. at 405 and 516-17. “The plaintiff had no standing to sue directly under the 1996 act, which does not provide private rights of action in federal court. *N. Cnty. Comm. Corp. v. Calif. Catalog & Tech.*, 594 F.3d 1149 (9th Cir. 2010). Whether the plaintiff had standing to sue under the antitrust laws as an “indirect purchaser” is also unclear; the *Trinko* majority did not address the issue, although Justice Stevens in dissent, joined by Justices Thomas and Souter, would have decided the case solely on the basis that *Trinko* lacked standing.”

Entretanto, o Segundo Circuito (Tribunal) reverteu a sentença de inadmissão do caso, no sentido de que as reivindicações do autor poderiam ser interpretadas como violações à Seção 2 da *Sherman Act* independentemente de qualquer dever regulamentar estabelecido pela *Telecommunication Act*.

Basicamente, o Tribunal disse que as alegações constantes na petição do autor podem se apoiar numa reivindicação antitruste sob o fundamento de diversas teorias doutrinárias, dentre elas a “*essential facilities doctrine*” (“doutrina das instalações essenciais”), e que o autor poderia ter uma reivindicação de alavancagem de monopólio.

Em termos técnicos, a decisão do Segundo Circuito não entra em conflito com a decisão emanada no caso *Goldwasser*, prolatada pelo Sétimo Circuito, tendo em vista que a Corte do Segundo Circuito encontrou no caso *Triko* uma reivindicação antitruste com base independente das obrigações puramente regulatórias. A diferença entre ambos os tribunais, foi, justamente, no quão “generosos” eles foram com a leitura das alegações contidas na petição inicial dos autores de cada caso.

Assim, o Segundo Circuito contornou a relação entre a reivindicação antitruste do autor e a Lei de 1996, ao entender que “*the savings clause unambiguously establishes that there is no ‘plain repugnancy’ between the Telecommunications Act and the anti-truste statutes.*”⁵⁹

4.1.2 Imunidades Implícitas: período posterior ao ano de 2004

Após a decisão do Segundo Circuito de dar procedência ao caso *Triko*, foi interposto recurso para que a questão fosse apreciada pela Suprema Corte dos EUA⁶⁰, basicamente, a Suprema corte pautou a questão para se saber se uma ação judicial alegando violação do dever, segundo a Lei de 1996, do “*Incumbent Provider*” de compartilhar sua rede com concorrentes, poderia ser considerado uma reivindicação com fundamento na Seção 2 do *Sherman Act*.

Nesse caso foram três as conclusões a que chegou a Suprema Corte para desprover o pleito autoral.

A primeira conclusão é a de que o *Telecommunication Act* não tem efeito sobre a aplicação tradicional dos princípios do antitruste. A sua cláusula de salvaguarda (*saving clause*) como fundamento para reivindicações que satisfazem *standards* estabelecidos de antitruste, mas não cria uma nova possibilidade de reivindicação que vá além daqueles *standards*.⁶¹

⁵⁹ *Triko*, 305 F.3d no ponto 108 da decisão.

⁶⁰ *Verizon Commc`ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 405 (2004).

⁶¹ “a) *The 1996 Act has no effect upon the application of traditional antitrust principles. Its saving clause—which provides that “nothing in this Act ... shall be construed to modify, impair, or supersede the applica-*

A segunda conclusão é de que a conduta impugnada como violadora de deveres concorrências, em verdade, não viola um *standard* de antitruste pré-existente ao *Telecommunication Act*. O caso também não se enquadraria na limitada exceção reconhecida na jurisprudência da Suprema Corte, no sentido de considerar uma negativa de fazer negócio com um concorrente como uma ofensa antitruste. Além disso, também não incidiria aqui a “*essential facilities doctrine*”, que tem como requisito essencial a indisponibilidade de acesso às “infraestruturas essenciais”, o que não ocorreria neste caso, onde a própria lei garante esse acesso.⁶²

Por fim, a terceira e última conclusão da Suprema Corte foi a de compreender que os princípios tradicionais do antitruste não justificariam incluir o caso dentro das limitadas exceções ao parâmetro de que não existe qualquer dever de se ajudar um concorrente. Quando *existe um agente regulador* no mercado, com *estrutura* designada para deter e remediar danos concorrenciais, um benefício adicional à concorrência, que possa ser promovido pela aplicação conjunta da Lei de antitruste à norma regulamentar, tende a ser muito pequeno, e será menos plausível que as leis de antitruste incidam nesse escrutínio adicional.

No presente caso existia uma Agência Reguladora *com poder de multar e impor outras sanções*, e a *Verizon* estava sob a supervisão dela, tendo a referida agência a competência para a análise do respectivo caso, haja vista que se tratavam de questões técnicas.⁶³

Em suma, a jurisprudência pós 2004 privilegia a não incidência de discussão antitruste em setores onde haja: (i) presença de uma agência reguladora; (ii) esta agência tenha uma estrutura apta a realizar a análise de preocupações concorrenciais;

bility of any of the antitrust laws,” 47 U. S. C. §152, note—preserves claims that satisfy established antitrust standards, but does not create new claims that go beyond those standards. Pp. 5–7.” SYLLABUS, OCTOBER TERM, 2003, VERIZON COMMUNICATIONS INC. V. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP.

⁶² “(b) *The activity of which respondent complains does not violate pre-existing antitrust standards. The leading case imposing §2 liability for refusal to deal with competitors is Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U. S. 585, in which the Court concluded that the defendant’s termination of a voluntary agreement with the plaintiff suggested a willingness to forsake short-term profits to achieve an anticompetitive end. Aspen is at or near the outer boundary of §2 liability, and the present case does not fit within the limited exception it recognized. Because the complaint does not allege that Verizon ever engaged in a voluntary course of dealing with its rivals, its prior conduct sheds no light upon whether its lapses from the legally compelled dealing were anticompetitive. Moreover, the Aspen defendant turned down its competitor’s proposal to sell at its own retail price, suggesting a calculation that its future monopoly retail price would be higher, whereas Verizon’s reluctance to interconnect at the cost-based rate of compensation available under §251(c)(3) is uninformative. More fundamentally, the Aspen defendant refused to provide its competitor with a product it already sold at retail, whereas here the unbundled elements offered pursuant to §251(c)(3) are not available to the public, but are provided to rivals under compulsion and at considerable expense. The Court’s conclusion would not change even if it considered to be established law the “essential facilities” doctrine crafted by some lower courts. The indispensable requirement for invoking that doctrine is the unavailability of access to the “essential facilities”; where access exists, as it does here by virtue of the 1996 Act, the doctrine serves no purpose. Pp. 7–11.” In: Op. Cit.*

⁶³ SYLLABUS, OCTOBER TERM, 2003, VERIZON COMMUNICATIONS INC. V. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP

(iii) essa agência tenha poder de supervisão e sanção dos agentes privados atuantes naquele mercado; e, (iv) a agência tenha regulamentado a matéria discutida.⁶⁴

4.2 *Leis Antitrustes Federais e Regulações Estaduais*

Devido ao sistema federalista americano, conforme já dito anteriormente, como regra geral, tudo o que não compete ao ente federal cabe aos entes estaduais e locais legislar. Assim, a regulação pelo estado e pelo ente local são, não apenas gerais, mas também mais suscetíveis de serem influenciadas do que a regulação federal.

No contexto das regulações estaduais não há que se perquirir acerca da existência de imunidades implícitas ou explícitas, aqui a construção jurisprudencial foi diversa, incidindo a doutrina da “*state action*”, que encontra respaldo jurisprudencial nos primórdios do caso *Parker v. Brown*⁶⁵, razão pela qual também é chamada de “*Parker*

⁶⁴ Sobre o tema ver: BRUNELL, 2012.

⁶⁵ “But it is plain that the prorate program here was never intended to operate by force of individual agreement or combination. It derived its authority and its efficacy from the legislative command of the state, and was not intended to operate or become effective without that command. We find nothing in the language of the Sherman Act or in its history which suggests that its purpose was to restrain a state or its officers or agents from activities directed by its legislature. In a dual system of government in which, under the Constitution, the states are sovereign save only as Congress may constitutionally subtract from their authority, an unexpressed purpose to nullify a state's control over its officers and agents is not lightly to be attributed to Congress. The Sherman Act makes no mention of the state as such, and gives no hint that it was intended to restrain state action or official action directed by a state. The Act is applicable to “persons,” including corporations (§ 7), and it authorizes suits under it by persons and corporations (§ 15). A state may maintain a suit for damages under it, *Georgia v. Evans*, 316 U. S. 159, but the United States may not, *United States v. Cooper Corp.*, 312 U. S. 600 -- conclusions derived not from the literal meaning of the words “person” and “corporation,” but from the purpose, the subject matter, the context and the legislative history of the statute. There is no suggestion of a purpose to restrain state action in the Act's legislative history. The sponsor of the bill which was ultimately enacted as the Sherman Act declared that it prevented only “business combinations.” 21 Cong.Rec. 2562, 2457; see also at 2459, 2461. That its purpose was to suppress combinations to restrain competition and attempts to monopolize by individuals and corporations abundantly appears from its legislative history. See *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U. S. 469, 310 U. S. 492-93 and n. 15; *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, affirmed, 175 U. S. 175 U.S. 211; *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U. S. 1, 221 U. S. 54-58. by others for restraint of trade, cf. *Union Pacific R. Co. v. United States*, 313 U. S. 450. Here, the state command to the Commission and to the program committee of the California Prorate Act is not rendered unlawful by the Sherman Act, since, in view of the latter's words and history, it must be taken to be a prohibition of individual, and not state, action. It is the state which has created the machinery for establishing the prorate program. Although the organization of a prorate zone is proposed by producers, and a prorate program, approved by the Commission, must also be approved by referendum of producers, it is the state, acting through the Commission, which adopts the program and which enforces it with penal sanctions in the execution of a governmental policy. The prerequisite approval of the program upon referendum by a prescribed number of producers is not the imposition by them of their will upon the minority by force of agreement or combination which the Sherman Act prohibits. The state itself exercises its legislative authority in making the regulation and in prescribing the conditions of its application. The required vote on the referendum is one of these conditions. Compare *Curran v. Wallace*, 306 U. S. 1, 306 U. S. 16; *Hampton & Co. v. United States*, 276 U. S. 394, 276 U. S. 407; *Wickard v. Filburn*, ante p. 317 U. S. 111. The state, in adopting and enforcing the prorate program, made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly, but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit. *Olsen v. Smith*, 195 U. S. 332, 195 U. S. 344-345; cf. *Lowenstein v. Evans*, 69 F. 908, 910.” In: *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (January 4, 1943).

Immunity". Vale, entretanto, fazer a ressalva de que o conceito de "*state action*" na aplicação da lei de antitruste federal é muito diferente do conceito utilizado quando da regra da Décima Quarta Emenda da Constituição dos EUA, segundo a qual várias proteções constitucionais se aplicam apenas à "ação estatal" ("*state action*").

O conceito da Décima Quarta Emenda é amplo, e se refere a todas as tomadas de decisão do governo estadual e local, e mesmo a funcionários público que agem em nome de leis estaduais. Em contraste, a "*state action*" do antitruste se refere apenas às políticas do estado quando atuam como entes soberanos. Ou seja, ações regulatórias que não são devidamente autorizadas pelo estado simplesmente não são imunes.

A doutrina antitruste da *state action*, tradicionalmente, podia ser resumida em duas exigências⁶⁶:

- (i) O estado deve ter se articulado de maneira evidente ("*clearly articulated*") e expressado afirmativamente ("*affirmatively expressed*") seu desejo de substituir o processo competitivo ordinário pela política regulatória questionada;
- (ii) Se a questão tratar da análise de uma conduta praticada por partes privadas, e não pelo próprio governo, então a conduta deve ser ativamente supervisionada ("*actively supervised*") por algum tipo de agência estadual ou funcionário público.

A *state action doctrine* é uma filha do federalismo, não da política regulatória federal, o seu propósito não é proteger os fins concorrenciais ou regulatórios federais, mas conferir o adequado reconhecimento ao poder regulatório do estado, sendo assim, não cabe ao Judiciário adentrar a análise do mérito da regulação.⁶⁷

Vale, por fim, citar um recente caso que acabou por limitar, em certa medida, a aplicação da *state action* no antitruste. Trata-se do caso *North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC*, N. 13-534, 574 U.S. (2015)⁶⁸.

O caso tratou de conduta praticada pelo Conselho de Odontologia do Estado da Carolina do Norte, que é uma agência estadual que regula a exercício da odontologia e

⁶⁶ *California Retail Liquor Dealers Ass'n.*, 445 U.S. 97 (1980). Sobre simples necessidade de autorização (facultatividade da política estatal), ou seja, a desnecessidade da política ser compulsória para os agentes privados de modo a incidir a imunidade: *S. Motor Carriers Rate Conf.*, 471 S. 48 (1985).

⁶⁷ "*The state action immunity is a creature of federalism, not of federal regulatory policy. Its purpose is not to protect federal regulatory or competition goals, but to give appropriate recognition to state regulatory power. So when a court applies the state action doctrine it must try to avoid making substantive judgments about whether the state regulation at issue is a good idea.*" In: HOVENKAMP, 2004, p. 347.

⁶⁸ Sobre o assunto ver: *Antitrust Law – State Action Immunity – Fourth Circuit Holds that State's Dental Board of Examiners Must Show "Active Supervision" by State to be Entitled to Antitrust Immunity*. *Harvard Law Review*, Vol.127m N. 7 (MAY 2014), pp. 2122-2129.

o licenciamento de dentistas. Seis dos oito membros integrantes do Conselho daquela agência são dentistas que exercem a profissão, e foram eleitos pelos seus pares.

Quando pessoas que não eram dentistas começaram a oferecer a prestação de serviço de “clareamento dental” no Estado da Carolina do Norte, os dentistas que prestavam o mesmo tipo de serviço ofereceram queixas à referida agência reguladora. O Conselho da agência investigou a questão e começou a enviar cartas para os profissionais não dentistas, requerendo que eles parassem de oferecer este tipo de serviço, e que caso persistissem, seriam processados.

A Autoridade Federal Antitruste dos EUA (*FTC*) iniciou um processo contra a agência, alegando que as ações da agência constituem um meio desonesto e anticompetitivo de concorrência segundo a Lei da *FTC* (*The FTC Act*), que é uma lei antitruste federal. Como matéria de defesa, a agência argumentou que suas ações eram imunes segundo a *state action doctrine*, porém o *FTC* rejeitou essa alegação, assim como o fez o Quarto Circuito da Corte de Apelação.

O processo da *FTC* contra a agência (Conselho de Odontologia) levantou a discussão se um Conselho controlado por participantes do mercado deveria ser tratado como um ator governamental, e, desse modo, apenas ser requerido demonstrar que está atuando em busca de uma política evidentemente articulada, ou, ao contrário, se esse Conselho deveria ser tratado como uma entidade privada que deve ser ativamente supervisionada pelo Estado.

A Suprema Corte decidiu que a agência (Conselho), naquela situação, deveria ser tratada mais como um ator privado, de modo que o requisito de “supervisão ativa” precisaria ser cumprido. Na conclusão da Corte, se o Estado delega sua autoridade regulatória para associações privadas ou para agências controladas por participantes do mercado, então a “*state action immunity*” se perde, a não ser que o estado provenha a “*active supervision*” da matéria.

Sobre o que seria a “*active supervision*”, a Corte a definiu como mecanismos que oferecem uma garantia realística (“*realistic assurance*”) de que a conduta praticada pelos reguladores participantes do mercado promoveu uma política de estado, em vez de interesses individuais (“*promotes state policy, rather than the party’s individual interests*”).

A Corte também reconheceu que esse se trata de um conceito flexível e dependente do contexto (“*flexible and context-dependent*”), mas observou a existência de algumas poucas e “constantes exigências” (“*constante requirements*”) para o reconhecimento da supervisão ativa. O estado supervisor deve:

- (i) Rever o mérito da decisão anticompetitiva (“*review the substance of the anticompetitive decision*”);

- (ii) Ter o poder de vetar ou modificar decisões particulares de modo a assegurar que elas fiquem de acordo com a política de estado adotada (“*have the power to veto or modify particular decisions to ensure they accord with state policy*”).

Além disso, o estado supervisor não pode, ele mesmo, ser um participante do mercado (“*must not itself be an active market participant*”) e a mera possibilidade de supervisão por parte do estado não seria suficiente para o preenchimento da exigência.

4.3 A Imunidade no Direito de Petição

A “*Noerr-Pennington petitioning immunity*” encontra fundamento na Primeira Emenda da Constituição dos EUA, que diz que o Congresso não criará nenhuma lei cerceando o direito do povo de peticionar ao Governo⁶⁹.

Essa imunidade básica foi construída pela Suprema Corte dos EUA em duas decisões, na qual se afirmou que os cidadãos têm o direito de pedir ao governo que regule algo, de determinada maneira, mesmo se a regulação que eles desejem seja anticoncorrencial.

O caso *Noerr* estabeleceu que a indústria ferroviária teria direito a buscar uma legislação governamental que impusesse altos custos e outros obstáculos aos caminhoneiros.⁷⁰

O caso *Pennington*⁷¹ definiu que um sindicato laboral e minas de carvão mecanizadas tinham o direito de peticionar ao governo por um salário mínimo mais elevado para as empresas que buscavam vender carvão para Administração pública. A legislação advinda desse preço tornou difícil para as minas de carvão não mecanizadas, e, portanto, que contavam com maiores custos, competirem com as que eram mecanizadas.

Essa imunidade se relaciona com a regulação governamental de duas maneiras diferentes:

“First, regulation is often the result of interest group pressures, and Noerr-Pennington protects the right of these interest groups to request virtually any kind of regulation they wish. The Supreme Court has immunized requests from industry participants to permit them to cartelize their markets, and requests from one manufacturer to make its rival's product unlawful or to place costly regulatory bur-

⁶⁹ Amendment I (1791): “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

⁷⁰ R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961).

⁷¹ United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965).

dens on it. The second way that the Noerr-Pennington doctrine relates to regulation is through the litigation and administrative process. The doctrine permits people or firms to file lawsuits in a court or complaints before a regulatory agency, even though their motives are anticompetitive.”⁷²

Conforme se percebe pela transcrição acima, a imunidade de petição é amplíssima, porém, existe também uma forte exceção a ela. Não existe qualquer direito a se peticionar quando a própria petição é uma farsa (“*sham*”), ou seja, se a petição não tem o intuito de obter do governo uma resposta favorável a um pleito, mas somente causar dano ou suprimir um rival. Seria, por exemplo, o caso de se impor altos custos de litigância sobre entrantes no mercado que são menores que o *player* já estabelecido e que adota essa agenda.

5. Conclusão

O cenário norte-americano, no que concerne ao relacionamento adotado entre regulação e concorrência, notoriamente denota influências do processo de formação do próprio Estado como país soberano.

Com um modelo federativo forte, onde os estados possuam ampla autonomia para regulamentar as mais diversas matérias no tocante às suas economias internas, ficou relegado ao poder federal atuar apenas de maneira residual, em cumprimento às reduzidas competências, principalmente na garantia de uma ordem econômica que privilegie a concorrência, intermediando as relações entre os Estados de modo a não haver violações ao pacto federativo.

Nesse contexto, as condutas praticadas por agentes de mercado (públicos ou privado) em consonância com a regulação setorial (federal, estadual ou local), restariam blindadas da incidência da norma antitruste federal (geral), desde que cumpridos alguns requisitos, tendo em vista o critério de deferência às decisões técnicas tomadas por *experts*, que teoricamente promovem políticas de estado.

Observou-se, também, que os critérios para incidência da imunidade antitruste variam de acordo com a origem da regulação (federal ou estadual/local), e que existem, pelo menos, três⁷³ grandes construções jurisprudenciais da Suprema Corte de modo a justificar essas imunidades: *state action*, *federal imunity (implied e expressed)* e *Noerr-Pennington Petitioning*.

⁷² HOVENKAMP, Hebert. Antitrust and the Regulation Enterprise. *Columbia Business Law Review* 335 (2004) p. 349.

⁷³ Ainda se poderia tratar da “Filed Rate Doctrine”, que trata da imunização antitruste pelas cobranças de taxas que foram autorizadas pela Agência Reguladora. Sobre o assunto ver: LAUGHLIN, Vonda Mallicoat. The Filed Rate Doctrine and the Insurance Arena. 18 *Conn. Ins. L.J.* 373 (2011); MCCALLISTER, Thorne Bledsoe. The Filed Rate Doctrine Under the Interstate Commerce Act and the Shipping Acts. 19 *Tul. Mar. L.J.* 81 (1994).

O que se percebe é que, por mais que existam idas e vindas na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, e uma constante evolução do instituto da imunidade antitruste, pode-se extrair um princípio de deferência com as condutas praticadas em obediência ao regulador setorial, o que confere uma segurança jurídica relativamente alta aos *players* do mercado, para que possam realizar seus investimentos sem o constante medo da punição em vista de uma assimetria regulatória entre normas e atos da autoridade reguladora e os da autoridade concorrencial.

6. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BREYER, Stephen G., 1938 – Regulation and its reform. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts and London, England. 1982
- BRUNELL, Richar M. In Regulators We Trust: The Supreme Court`s New Approach to Implied Antitrust Immunity, 78 Antitrust L.J. 279 (2012).
- CLARK, Frederick C. “State Railroad Commissions and How They May Be Made Effective.” Publications of the American Economic Association, vol. 6, no. 6, 1891
- EDSALL, James k. The Granger Cases and the Police Power. 10 Annu. Rep. A.B.A. 288 (1887)
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Parcerias da Administração Pública. Ed. Atlas, 3ª ed., São Paulo, 1999, p. 134).
- FILHO, Calixto Salomão. Direito concorrencial: As estruturas. São Paulo: Malheiros. 1998.
- FILHO, Calixto Salomão. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos). 2ª ed. rev. ampl. Malheiros: São Paulo. 2008.
- FOER, Albert A. and LANDE, Robert H. The evolution of United States Antitrust law: the past, present and (possible) future. 16 U. Comparative L. J. 149 (1999).
- GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2015
- HOVENKAMP, Hebert. Antitrust and the Regulation Enterprise. Columbia Business Law Review 335 (2004)
- LAUGHLIN, Vonda Mallicoat. The Filed Rate Doctrine and the Insurance Arena. 18 Conn. Ins. L.J. 373 (2011)
- LAWSON, Gary. The Rise and Rise of the Administrative State. Harvard Law Review, Vol. 107, N. 6 (Apr., 1994)

- MCCALLISTER, Thorne Bledsoe. The Filed Rate Doctrine Under the Interstate Commerce Act and the Shipping Acts. 19 Tul. Mar. L.J. 81 (1994)
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist Papers. Belknap Press. Harvard. October 2009
- MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução Allan Vidigal Hasting, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate, revisão técnica Manual José Nunes Pinto. – São Paulo: Cengage Learning, 2017
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MILLER, Robert J. Native America, Discovered and Conquered: Thomas Jefferson, Lewis and Clark, and Manifest Destiny. Licon: University of Nebraska Press, 2008.
- NETO, Caio Mário da Silva Pereira Neto; FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. Revista Direito GV. V. 12, N. 1, JAN-ABR 2016
- POSSAS, Mário; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Defesa da Concorrência e Regulação. R. Dir. Econ., Brasília, jan/jul. 1998
- SANDEFUR, Timothy. Reining in Antitrust Immunity. 37 Regulation 16 (2014).
- SHELANSKI, Howard A. The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation. Michigan Law Review, Vol. 109, No. 5, (March 2011).
- TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas state action e pervasive power no ordenamento jurídico brasileiro. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Vol. 1, n. 1, dez 2007 – Brasília: BCB, 2009
- WOODS JR., Thomas E. Nullification: how to resist federal tyranny in 21st Century. Washington: Regnery, 2010.