



**CEDIPRE ONLINE | 15**

# **Defesa de Conduta Regulada em Procedimentos Antitruste: a interface entre Agências Reguladoras e Autoridades da Concorrência**

---

**Natália de Almeida Moreno**



# **Defesa de Conduta Regulada em Procedimentos Antitruste: a interface entre Agências Reguladoras e Autoridades da Concorrência**

Natália de Almeida Moreno



TÍTULO

Defesa de Conduta Regulada em Procedimentos Antitruste: a interface entre Agências Reguladoras e Autoridades da Concorrência

AUTOR(ES)

MORENO, Natália de Almeida

IMAGEM DA CAPA

Coimbra Editora

COMPOSIÇÃO  
GRÁFICA

Ana Paula Silva

EDIÇÃO

CEDIPRE  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL  
Tel. | Fax: +351 239 836 309  
E-mail: [cedipre@fd.uc.pt](mailto:cedipre@fd.uc.pt)

PARA CITAR  
ESTE ESTUDO

MORENO, Natália de, "Defesa de Conduta Regulada em Procedimentos Antitruste: a interface entre Agências Reguladoras e Autoridades da Concorrência", *Publicações CEDIPRE Online* - 15 <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Abril de 2013

Coimbra  
Abril | 2013

## ÍNDICE

1.	Introdução .....	1
2.	Agências Reguladoras, Autoridades da Concorrência e a Ordenação da Economia.4	
2.1	Regulação Técnica .....	9
2.2	Regulação Econômica.....	10
2.3	Regulação da Concorrência.....	16
3.	A Defesa de Conduta Regulada em Procedimentos Antitruste .....	19
3.1.	Critérios para solução de conflitos.....	21
3.1.1	Especialidade da Legislação Setorial .....	22
3.1.2	Primary Jurisdiction Doctrine .....	23
3.1.3	Filed Rate Doctrine .....	24
3.1.4	State Action Doctrine .....	25
3.1.4	Implied Antitrust Immunities Doctrine .....	26
3.2	Leading Cases .....	28
3.2.1	Suprema Corte Estadunidense e os Casos Trinko e LinkLine .....	28
3.2.2	Tribunal de Justiça Europeu e os Casos Deutsche Telekom e Telefónica .....	30
3.2.3	Balanço Crítico.....	33
4.	Coordenação e Complementaridade de Funções: alguns parâmetros para a harmoniosa incidência do direito da concorrência em ambientes regulados. ....	34
5.	Conclusão .....	36
6.	Bibliografia.....	36



DEFESA DE CONDOTA REGULADA EM  
PROCEDIMENTOS ANTITRUSTE: A INTERFACE ENTRE  
AGÊNCIAS REGULADORAS E AUTORIDADES DA  
CONCORRÊNCIA<sup>1-2</sup>

Natália de Almeida Moreno<sup>3</sup>

## 1. Introdução

A transição do modelo de Bem-Estar para o modelo Neoliberal<sup>4</sup> levou à retração da intervenção direta do Estado na economia, com a devolução ao mercado de amplos

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi apresentado como trabalho final à disciplina Direito da Concorrência do Curso de Mestrado Científico em Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> Agradeço à Prof. Dra. Carolina Cunha não só pelos ensinamentos ministrados durante o curso de Direito da Concorrência, como pela revisão crítica e observações que contribuíram decisivamente para o aprimoramento do presente trabalho. Agradeço também ao Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão pelas sugestões e comentários.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

<sup>4</sup> Sinteticamente, a falência do Estado de Bem-Estar Social deveu-se a: (i) aumento desordenado do *déficit* público, pela majoração do volume de despesas sem o correlato incremento das receitas; (ii) queda da qualidade e eficiência dos serviços prestados e incapacidade de acompanhar os progressivos e cada vez mais frequentes avanços tecnológicos, sobretudo em razão da burocracia e lentidão da máquina pública (*government failures*); (iii) pressão política dos capitais privados que, livres do perigo socialista, passaram a reivindicar espaços cada vez maiores de atuação, no bojo da ideologia neoliberal; (iv) evolução tecnológica, a permitir a ruptura da integração vertical das indústrias de infraestrutura, viabilizando a dissociação de seus segmentos (*unbundling*), bem como o acesso de terceiros às redes, permeabilizando à concorrência setores outrora explorados monopolisticamente; e (v) globalização, impondo uma maior abertura da economia aos grandes *players* mundiais e o incremento da eficiência na exploração de setores-chaves para a competição dos Estados no mercado global.

setores de infraestrutura que outrora compunham o elenco dos denominados serviços públicos industriais<sup>5</sup>.

A intervenção do Estado na economia voltou-se, em consequência, para um controle indireto, sobretudo por entidades reguladoras e pelas autoridades da concorrência, incumbindo-se estas de coibir as distorções artificiais do mercado e garantir a permanência das condições necessárias à concorrência leal e, aquelas, de criar um ambiente concorrencial aceitável (*level playing field*) e funcionar como degrau de acesso<sup>6</sup> aos novos entrantes.

Sucedem, porém, que a complexa interpenetração da regulação setorial e do direito concorrencial passou a gerar conflitos de competência, especialmente no que tange às condições de acesso de terceiros às redes de infraestrutura operadas pelos incumbentes<sup>7</sup> tradicionais e aos preços praticados pelos agentes regulados nos mercados retalhista e grossista<sup>8</sup>.

Por um lado, outorgou-se às agências reguladoras a função de identificar as situações de dominância nos mercados regulados e impor obrigações especiais de compartilhamento de infraestruturas e controle de preços<sup>9</sup>, mantendo-se, por outro lado, a competência transversal das autoridades da concorrência de fiscalização e punição de práticas anticoncorrenciais nos mercados (regulados ou não). Isto levou a que, recentemente, emergissem inúmeras situações<sup>10</sup> nas quais, embora agindo de acordo com as normas regulatórias, os agentes econômicos acabassem por se tornar

---

<sup>5</sup> Como regra, ferrovias, energia elétrica, rodovias, portos, aeroportos, telecomunicações, serviços postais, saneamento, água, gás e esgoto.

<sup>6</sup> FRISON-ROCHE, Marie-Anne. "Os novos campos da regulação" in *Revista de Direito Público da Economia*, n. 10, Belo Horizonte: Ed. Fórum, abr/mai/jun 2005, p. 199.

<sup>7</sup> Denomina-se incumbente o detentor e/ou gestor da infraestrutura; entrante é o agente econômico que faz uso desta plataforma para fornecer serviços que dela dependam aos consumidores finais.

<sup>8</sup> As indústrias de infraestrutura são operadas em dois níveis: mercado grossista (v.g., acesso à rede, interconexão de redes e acesso ao lacete local) e mercado retalhista (oferta de produtos e serviços aos consumidores finais).

<sup>9</sup> v., como exemplo, a Diretiva 2002/21/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, conforme emendada pela Diretiva 2009/140, e o *Telecommunications Act* de 1996 dos Estados Unidos da América.

<sup>10</sup> Além dos *leading cases* analisados no curso do presente, vale destacar a observação de Damien Geradin e Robert O'Donoghue de que "em recentes meses, procedimentos de direito concorrencial foram instaurados em diversos Estados-Membros, incluindo Dinamarca, França, Itália, Países Baixos e Reino Unido. Mais recentemente, em 16 de Novembro de 2004, a autoridade italiana da concorrência impôs uma coima de 152 milhões de euros à Telecom Italia, sob o fundamento de que esta engajou-se, inter alia, em um abuso de *margin squeeze*" ("The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector" in *GCLC Working Paper* 04/05, p. 4).



alvo de investigações e/ou condenações em procedimentos antitruste, gerando grande instabilidade e incerteza nos setores regulados.

Tal panorama instigou-nos a desenvolver a presente pesquisa, a qual visa a perquirir, mediante análise do arcabouço jurídico, factual e jurisprudencial, os efeitos e limites da defesa regulatória em procedimentos antitruste, bem como estabelecer parâmetros para alcançar a mútua e harmoniosa convivência entre as normas regulatórias e a legislação de defesa da concorrência.

As controvérsias ora investigadas se expressam de forma paradigmática no setor das telecomunicações, o qual se configura setor em rede protótipo<sup>11</sup>, em que os gargalos de acesso têm o potencial de se manterem por mais longo tempo e a dominância do incumbente tradicional se faz sentir mais fortemente, dada a manutenção de sua integração vertical mesmo após as reformas liberalizantes neoliberais. Logo, a fim de conferir maior concretude ao presente ensaio, utilizamos as telecomunicações como ilustração, conquanto as conclusões gerais a que iremos chegar possam também se aplicar, com as devidas adaptações, aos demais setores regulados.

A pesquisa desenvolver-se-á, em primeiro plano, a partir da análise dos objetivos e competências das agências reguladoras e das autoridades da concorrência, de modo a verificar os ônus e bônus de outorgarem-se as regulações técnica, econômica e da concorrência a uma e outra entidade. Neste particular, vale ressaltar desde logo que, em virtude de particularidades históricas, culturais e jurídicas, o feixe de competências e poderes outorgados a tais instituições varia não só de país para país, como em diferentes setores econômicos de um mesmo país<sup>12-13</sup>, pautando-se a presente análise na experiência extraída da maioria dos países ocidentais.

Em prosseguimento, averiguaremos de que forma as regras da concorrência atuam frente às normas regulatórias e passaremos a examinar as diversas teses

---

<sup>11</sup> LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23.

<sup>12</sup> OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 7.

<sup>13</sup> Por exemplo, a Nova Zelândia e os Países Baixos concentram grande parte dos poderes ordenadores da economia nas autoridades de defesa da concorrência, possuindo pouca importância relativa as políticas regulatórias editadas por entidades autônomas. Em outros países, há agências reguladoras que possuem competências de regulação da concorrência positivadas em lei, tendo o poder de julgar casos de estrangulamento de margens e controlar concentrações. Por exemplo, o artigo 271 do *Telecommunications Act* estadunidense prevê que a autoridade sectorial pode aplicar multas e cassar a licença de funcionamento no caso de condutas anticompetitivas, embora o mesmo diploma não afaste a aplicação do *Sherman Act*, que é o diploma antitruste norte-americano. (v. OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998; OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011; e ERG. *Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework*, 2006).

suscitadas a favor e contra a ingerência do direito concorrencial nos mercados regulados, tomando por base *leading cases* julgados pelas cortes norte-americana e europeia, com vista a sistematizar o posicionamento jurisprudencial sobre a matéria. Finalmente, apresentaremos proposições para minimizar tais conflitos e conferir maior segurança jurídica aos operadores econômicos atuantes nos setores regulados.

## **2. Agências Reguladoras, Autoridades da Concorrência e a Ordenação da Economia.**

As agências reguladoras e as autoridades de defesa da concorrência servem, ambas, a uma mesma finalidade: ordenar a economia, garantindo que a produção econômica se dê em um ambiente livre e concorrencial, orientado ao funcionamento eficiente do mercado, tanto no que tange à produção e à melhor alocação de recursos, como no que concerne à melhor distribuição de riquezas<sup>14</sup> e ao incremento dos níveis de bem-estar social<sup>15</sup>.

Porém, as lógicas que permeiam a atuação das agências reguladoras e das autoridades da concorrência são substancialmente distintas.

O direito da concorrência prima pela liberdade de mercado e pelo processo competitivo e incide somente<sup>16</sup> quando estes tenham sido artificialmente distorcidos ou falseados. Sob a lógica do direito antitruste, portanto, o mercado se auto-regula, limitando-se a autoridade da concorrência a zelar pelo mecanismo do mercado<sup>17</sup>, assegurando, na prática, que as regras do jogo da concorrência sejam respeitadas<sup>18</sup>.

As agências reguladoras partem de pressuposto diverso, qual seja, de que determinados setores econômicos *não* podem ficar sujeitos à auto-regulação e ao livre jogo do mercado, visto que o seu regular funcionamento gera imperfeições<sup>19</sup>, tanto de cunho econômico, quanto sócio-ambiental.

---

<sup>14</sup> NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (Compartilhamento de Infra-estruturas e Redes)*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 24.

<sup>15</sup> LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 155.

<sup>16</sup> À exceção do controle de concentrações, que se dá *ex ante* e busca evitar a ocorrência destas situações de desequilíbrio.

<sup>17</sup> CALVETE, Victor. "As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All that Jazz" in *Revista Julgar*, n. 9, set/dez 2009, p. 90.

<sup>18</sup> PERROT, Anne. "Les Frontières entre Régulation Sectorielle et Politique de la Concurrence" in *Problèmes Économiques*, n. 2.797, fev/2003, p. 28.

<sup>19</sup> UNCTAD. "Model Law on Competition - Chapter VII", p.5.

Sendo assim, nestes casos – e somente nestes casos<sup>20-21</sup> –, as forças naturais do mercado devem ser substituídas por medidas regulatórias prévias, que imponham e monitorem as condições comportamentais dos agentes para que, do exercício das atividades econômicas pelos particulares, advenham benefícios ao mercado e à coletividade.

---

<sup>20</sup> Em um sistema neoliberal, a intervenção *ex ante* do Estado é excepcional e subsidiária, operando somente quando indispensável à construção de um ambiente concorrencial em situações que as forças naturais do mercado não sejam capazes de fazê-lo ou quando haja a necessidade de funcionalizar socialmente a indústria ao atendimento de interesses públicos primários fundamentais. No setor das telecomunicações, a Comissão Europeia identifica três critérios que devem ser levados em consideração para que um mercado seja sujeito à regulação: (i) a presença de fortes barreiras de entrada estruturais, não-transitórias, que resultem de custos originais ou condições da demanda que criem condições assimétricas entre incumbentes e novos entrantes, impedindo ou prevenindo a entrada no mercado destes; (ii) a presença de estruturas de mercado (vantagens absolutas de custo, economias substanciais de escala ou de escopo, capacidade de estrangulamentos, altos custos irrecuperáveis, impossibilidade ou dificuldade de duplicação de redes); e (iii) a aplicação do direito da concorrência não pode, sozinho, adequadamente resolver as respectivas falhas de mercado (§ 9º da Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 [C(2007) 5406 rev 1]. Em adição, a Directiva 2002/22/EC impõe princípios do serviço universal e dos direitos dos usuários relacionados às redes de comunicações eletrônicas e respectivos serviços.

<sup>21</sup> Vale anotar que, hodiernamente, é crescente a justificação de intervenções regulatórias pautadas no gerenciamento de riscos, para além da justificação tradicional fundada na correção de falhas de mercado e na construção da concorrência em setores recém-liberalizados. Sobre o ponto, v. OECD. *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk*. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2010. Para uma explanação completa acerca dos fundamentos que legitimam a intervenção regulatória do Estado, v. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2<sup>nd</sup>. Ed. New York: Oxford university Press Inc., 2012, pp. 15-22.

Efetivamente, o surgimento de instâncias regulatórias autônomas<sup>22</sup> voltou-se, especialmente, para a construção do mercado naqueles setores (nomeadamente indústrias de infraestrutura) cujas características organizacionais (organização em rede<sup>23</sup>, monopólio natural<sup>24</sup>, economias de escala<sup>25</sup> ou de escopo<sup>26</sup>, que, tendencialmente, conduzem à concentração e à fixação de preços anticompetitivos) e/ou tecnológicas<sup>27</sup> (grandes inversões necessárias para entrada e manutenção nestes mercados, rápida sucessão das gerações tecnológicas que impõe altos custos de investimentos em pesquisa e muitas vezes impede a recuperação de custos, necessidade

---

<sup>22</sup> Os mecanismos tradicionais de direito público não se mostravam adequados para fazer frente à especialização técnica, à blindagem das regras relativamente às nuances políticas nem à rápida evolução tecnológica daqueles setores, bem como a manutenção de capitais estatais nos operadores tradicionais impunha um distanciamento entre o Estado-empresário e o Estado-polícia, razão pela qual foram atribuídas as funções de regulação destes mercados a agências reguladoras, dotadas de reforçada autonomia.

<sup>23</sup> A organização em rede de uma indústria é tal que a utilidade para os consumidores dos produtos finais produzidos aumenta à medida do crescimento do consumo do mesmo produto por outros consumidores. Por exemplo, a utilidade que um consumidor tem em adquirir um telefone depende claramente do número de outros domicílios ou estabelecimentos comerciais que também aderiram à rede telefônica. (KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. "Network Externalities, Competition, and Compatibility" in *The American Economic Review*, vol. 75, n. 3, jun 1985, p. 424). Quanto às redes de infraestrutura ou infraestruturas organizadas em rede, pode-se defini-las como o conjunto de "instalações de valor estratégico, ramificadas pelo território e com conexão física entre seus extremos, caracterizadas por sua configuração unitária ao estarem entrelaçadas, sua capacidade limitada e sua duplicação anti-econômica devido aos seus altos custos de implantação, pelo que constituem condutores de passagem obrigatória para participar em um determinado mercado de interesse geral" (SÁNCHEZ, Rafael Caballero. *Infraestructuras en Red y Liberalización de Servicios Públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 51).

<sup>24</sup> Os monopólios naturais são tais que "a diminuição ótima de vantagens da produção por uma segunda empresa é tão grande em relação ao mercado, que só existe lugar economicamente viável para uma única empresa. O custo da produção de uma única empresa será neste caso inferior àquele que deveriam suportar as duas firmas concorrentes" (F. Rachline, *Services publics, économie de marché*, p. 75, apud DERANI, Cristiane. *Privatizações e Serviços Públicos*. As Ações do Estado na Produção Econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002. pp.206-207). Para Richard Posner, os monopólios naturais se caracterizam sempre que "a totalidade da demanda em um mercado relevante pode ser satisfeita a menor custo por uma empresa em vez de duas ou mais, (...) seja qual for o exato número de empresas nele existentes" ("Natural Monopoly and Its Regulation" in *Stanford Law Review*, vol. 21, n. 3, feb 1969, p. 548)

<sup>25</sup> Em economias de escala, o custo médio da produção decresce à medida que o volume de produção aumenta.

<sup>26</sup> Economias de escopo "exurgem do potencial de utilizar ativos produtivos para criar múltiplos produtos (e.g., um único transmissor e uma torre- antena podem transmitir múltiplas correntes de vídeo digital ao longo de um único canal televisivo seis MHz)" (EISENACH, Jeffrey A.; CAVES, Kevin W. "The Effects of Regulation on Economies of Scale and Scope in TV Broadcasting" in *Social Science Research Network*, jun 2011).

<sup>27</sup> LEITE, António Nogueira. "Funcionamento dos Mercados e Regulação" in *A Regulação em Portugal*. Lisboa: Entidade do Sector Eléctrico, 2000, p. 135.

de normalizar tecnicamente o acesso e equipamentos para viabilizar a interconexão, etc.) tornavam-lhes insuscetíveis de, sob a lógica do *laissez-faire*, desenvolver um ambiente de concorrência plena e leal entre os agentes econômicos.

O princípio da liberdade do mercado ordenado *a posteriori*, mediante controle singular das autoridades de defesa da concorrência, então, não se afigurava bastante a garantir os *standards* mínimos da concorrência praticável (*level playing field*) nestes setores<sup>28</sup>.

A correção daquelas falhas de mercado<sup>29</sup> – muitas delas endêmicas<sup>30</sup> – dependia de uma ordenação *ex ante* e contínua, que promovesse e garantisse o nível mínimo de igualdade entre os agentes econômicos (operadores históricos e novos entrantes), bem como a edição e a estabilidade de regras prévias e tecnicamente adequadas às particularidades de cada setor, para conferir a segurança jurídica necessária aos vultosos investimentos privados.

Além disso, o estreito liame que conecta a maioria destes mercados de infraestrutura aos direitos fundamentais dos cidadãos fez com que fossem endereçadas às agências reguladoras competências redistributivas, de modo a proteger os consumidores em sua relação de troca desigual<sup>31</sup> e impor aos agentes econômicos obrigações que transcendessem o escopo meramente concorrencial-econômico, a exemplo das obrigações de serviço universal<sup>32</sup> e encargos de proteção ao meio

---

<sup>28</sup> Nas palavras de Carlos Baptista Lobo, “o direito da concorrência depende da existência de uma paridade, pelo menos potencial, das condições de exercício concorrencial. A liberdade que se pretende garantir depende da igualdade de oportunidades concorrenciais ao dispor dos agentes económicos. A análise é, portanto, de índole essencialmente comportamental, pressupondo que o âmbito infra-estrutural que suporta o jogo concorrencial será neutro e propiciador de oportunidades equivalentes para todos os agentes económicos. Se essas condições se encontrarem naturalmente distorcidas, então o direito da concorrência é, *per se*, insuficiente para a resolução dos desequilíbrios que naturalmente ocorrerão no mercado em causa. (*Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 152-153).

<sup>29</sup> Os limites e falhas do mercado são “as situações em que o mercado não pode normalmente funcionar” (MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13). Como exemplo, estão a existência de bens públicos, assimetrias na qualidade e quantidade de informações entre os atores do mercado, externalidades, positivas ou negativas, etc.

<sup>30</sup> As falhas endêmicas são aquelas que não podem ser corrigidas somente por mecanismos de mercado, dependendo de uma atuação constante e ininterrupta do poder estatal a fim de que sejam controladas e, os seus efeitos, menos deletérios ao mercado. No mercado das telecomunicações, por exemplo, uma falha endêmica do mercado é o gargalo de acesso aos lacetes locais, sem os quais inexistia interconexão de redes.

<sup>31</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 14.

<sup>32</sup> Cf. Comunicação da Comissão sobre Serviços de interesse geral na Europa (2001/C 17/04), o serviço universal visa às finalidades de equidade, universalidade, continuidade, adaptabilidade e

ambiente.

Por conseguinte, a regulação por agências propõe-se a alcançar *diretamente* a eficiência dos métodos de produção e o bem-estar dos consumidores, mediante imposição de *obrigações específicas e contínuas* aos particulares, enquanto o direito da concorrência põe-se a atingir tais objetivos *indiretamente*, “mediante a promoção e a preservação *do processo* que tende a trazê-los à tona”<sup>33</sup>.

De fato, as regras de defesa da concorrência são desenhadas visando mais à proteção que à promoção propriamente dita do processo competitivo<sup>34</sup>. Trata-se de normas proscritivas, de comando negativo (não fazer), que conduzem a uma ordenação *ex post*, incidente após a atividade privada já ter sido concretizada e somente se o processo competitivo houver sido transgredido. As competências outorgadas às autoridades de defesa da concorrência são sobretudo, em consequência, de contra-ordenação<sup>35</sup>, calcando-se, os seus instrumentos, na fiscalização e punição pontuais de condutas que não condigam com os valores resguardados pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, as agências reguladoras operam, em regra, *ex ante*, disciplinando, a partir de regras jurídicas, os direitos e liberdades dos agentes econômicos antes de estes os exercerem, isto é, conformam e delimitam os próprios espaços de atuação dos particulares no mercado. E, para tanto, têm à sua disposição instrumentos variados: “podem editar normas, determinar medidas concretas individuais a uma empresa (v.g., desagregação de seus serviços, separação contábil), determinar os parâmetros dos produtos fornecidos, estabelecer parâmetros de qualidade, além de aplicar sanções”<sup>36</sup>,

---

transparência na gestão e na fixação dos preços e financiamento e controle por organismos independentes daqueles que operam os serviços.

<sup>33</sup> A observação é Stephen Breyer, Justice da Corte de Apelação do 1º Circuito da Justiça Estadunidense, em voto prolatado no *leading case* Town of Concord v. Boston Edison Co., 915 F 2d 17,22 [1st Cir., 1990]. O grifo é nosso.

<sup>34</sup> OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 22.

<sup>35</sup> No controle de concentrações, a autoridade de defesa da concorrência não objetiva punir quaisquer condutas dos agentes envolvidos. Porém, mesmo no exercício de tal atividade, as autoridades da concorrência não operam em busca da construção do mercado e da promoção propriamente dita da concorrência. Embora lhes seja permitido recomendar aos agentes postulantes a adoção de medidas de caráter comportamental ou estrutural adequadas à reposição ou garantia da concorrência no mercado (v., p. ex., art. 62º da Lei Portuguesa 19/2012), a finalidade direta de tais obrigações é impedir que, da fusão ou aquisição, advenham danos à competição, e não fomentar a concorrência no setor (até porque, fosse esta a função do *merger control*, deveriam, em tese, ser reprovadas quaisquer postulações de concentração econômica). Tanto assim que as medidas *ex ante* adotadas em sede de controle de concentrações são pontuais, esgotando-se no momento em que as condições elencadas pela autoridade da concorrência são preenchidas; por sua vez, as medidas regulatórias *ex ante* são contínuas, envolvendo revisões periódicas para que sejam adaptadas às modificações das circunstâncias do mercado – o que se afigura indispensável ao fim de promoção da competição.

<sup>36</sup> PERROT, Anne. “Les Frontières entre Régulation Sectorielle et Politique de la Concurrence” in

atuando também *ex post* (fiscalizando e sancionando), nos casos em que as normas regulatórias tenham sido infringidas pelos agentes regulados.

Logo, os meios e o momento de atuação das agências reguladoras e das autoridades de defesa da concorrência são diversos, resultando em que os três diferentes níveis da ordenação econômica<sup>37</sup> (regulação técnica, econômica e da concorrência) sejam alocados em uma ou noutra entidade de acordo com as suas capacidades institucionais.

### 2.1 Regulação Técnica

A regulação técnica consiste, basicamente, na prescrição uniforme de medidas, especificações e condições<sup>38</sup> (normalização) de equipamentos, sistemas, ligações de segmentos de rede, produtos e processos com a finalidade de assegurar não só a segurança, a eficiência, a privacidade e a proteção ambiental do processo produtivo, como a compatibilidade entre os diferentes meios e resultados finais empregados pelas empresas concorrentes, de modo a viabilizar a interconexão de redes e reduzir os custos de troca<sup>39</sup> dos consumidores.

Típico exemplo desta espécie regulatória é a normalização das tecnologias empregadas no fornecimento de serviços de telecomunicações de voz por redes móveis: na presença de diferentes tipos de sistemas (v.g., sistemas GSM, UMTS, etc.), de modos de acesso (FDMA, TDMA, etc.) e de aparelhos para recepção de chamadas passíveis de serem adotados, a regulação técnica põe-se a uniformizá-los para atender às necessidades de todos os consumidores e garantir que haja a interconexão de redes de diferentes operadoras e a possibilidade de troca a baixos custos de uma operadora para outra.

É manifesto, à vista disso, o impacto que a regulação técnica pode gerar à concorrência, porquanto as escolhas públicas adotadas neste âmbito podem tanto fomentar a entrada de novos competidores no mercado e viabilizar um ambiente

---

*Problèmes Économiques*, n. 2.797, fev/2003, pp. 29-30.

<sup>37</sup> Não cuidaremos diretamente, aqui, da regulação social, mas somente da regulação econômica, visto ser este o campo de atuação das autoridades da concorrência e, conseqüentemente, a seara em que ocorrem os conflitos que nos propusemos a estudar no presente artigo.

<sup>38</sup> LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 84.

<sup>39</sup> OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 8.

concorrencial em indústrias de redes outrora blindadas à competição<sup>40</sup>, quanto impedir o desenvolvimento de uma concorrência justa no setor<sup>41</sup>.

Não obstante, a regulação técnica, para ser efetiva, precisa ser perfilhada *ex ante*, de forma geral e contínua, não se ajustando, em regra, à atuação *ex post*, particularizada e casuística das autoridades de defesa da concorrência.

Em acréscimo, o sucesso da normalização técnica depende da expertise dos agentes públicos incumbidos de sua parametrização, afigurando-se as agências reguladoras, que empregam, normalmente, técnicos especializados no funcionamento de setores econômicos específicos, mais bem colocadas relativamente às autoridades da concorrência, que empregam técnicos de formação econômica geral, para assumirem a ordenação econômica de aspectos técnicos, razão pela qual, conforme concluído pela OCDE, “pode ser seguramente assumido que esta função será quase sempre conferida a um conjunto de reguladores setoriais específicos”<sup>42</sup>.

## 2.2 Regulação Econômica

A regulação econômica, por sua vez, calca-se na formulação e implementação de regras que garantam, de forma direta, o funcionamento equilibrado do mercado<sup>43</sup>, voltando-se à ordenação dos mecanismos de entrada, de acesso, contratação e formação de preços e à proteção dos interesses públicos afetados pela atividade econômica.

São medidas que servem a “controlar o monopólio de preços, assegurar níveis apropriados de investimento para propiciar a renovação tecnológica, garantir a protecção do consumidor e definir cláusulas de acesso não discriminatório a redes básicas”<sup>44</sup>, além de definir os prestadores elegíveis, mediante a outorga de licenças e

---

<sup>40</sup> “A regulação técnica foi fundamental para o desenvolvimento das redes telefónicas a nível nacional e internacional, uma vez que obrigou a disponibilização de aparatos com características homogéneas, de modo a assegurar a intercomunicabilidade entre operadores” (COSTA, Andrea. “Standard Tecnici, Potere di Mercato e Innovazione nelle Telecomunicazione in Europa” in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, Università Cattolica di Milano, anno XCIX, n. 1, gen/mar 1991, p. 423).

<sup>41</sup> Por exemplo, a eleição de processos e padrões de qualidade que elevem o custo de entrada ou de produção; a escolha de equipamentos ou tecnologias cujo fornecimento seja exclusivo por um ou poucos agentes, majorando o seu poder de mercado; a fixação de padrões que somente o operador tradicional teria condições de cumprir, etc.

<sup>42</sup> OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 7.

<sup>43</sup> MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

<sup>44</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. *Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 26.



autorizações de funcionamento, e as práticas de *marketing* padrão, como parâmetros de publicidade e horários de funcionamento<sup>45</sup>.

Em setores desregulamentados, grande parte destes parâmetros é fixada pelas próprias forças do mercado, atuando o jogo da concorrência no controle da entrada e saída dos agentes, dos preços de fornecimento de matérias-primas e dos produtos finais, da oportunidade e quantidade de investimentos em pesquisa tecnológica, dos parâmetros de *marketing*, etc.

A ordenação econômica se dá, então, nestes casos, sobretudo *ex post*<sup>46</sup>, mediante o exercício, pelas autoridades antitruste, de competências gerais para impor obrigações e parâmetros de acesso a *essential facilities*<sup>47</sup> e de fixação de preços em mercados tendentes ao oligopólio ou ao monopólio<sup>48</sup>, quando a atividade econômica

---

<sup>45</sup> OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 9.

<sup>46</sup> Impende ressaltar, neste particular, que, embora desregulamentados, tais setores continuam se submetendo às limitações econômicas gerais impostas pelo legislador.

<sup>47</sup> A teoria das *essential facilities* foi desenvolvida com fulcro no direito antitruste, sendo primeiramente aventada pela Suprema Corte americana no caso *United States v. Terminal Railroad Association* (1912) e consagrada no julgamento do caso *MCI Telecommunications Corp. v. AT&T Co.* (1983), em que a AT&T recusou-se a conceder acesso às suas redes de telecomunicações locais, impedindo o provimento de serviços de telefonia de longa distância por parte de MCI. Ficou, então, consignado que “a recusa de um monopolista em negociar diante dessas circunstâncias é regida pela chamada teoria das *essential facilities*. Uma tal recusa é ilegal porque o controle do monopolista sobre a *essential facility* (às vezes denominada ‘gargalo’) pode estender o poder de monopólio de um estágio de produção para outro, e de um mercado para outro. Portanto, as leis antitruste têm imposto para as empresas que controlam uma *essential facility* a obrigação de tornar a *facility* disponível em termos não discriminatórios. Esse caso concreto assenta os quatro elementos necessários para identificar responsabilidade sob a teoria das *essential facilities*: (1) controle da *essential facility* por um monopolista; (2) a inabilidade do competidor de pragmaticamente ou razoavelmente duplicar a *essential facility*; (3) a recusa de utilização da *facility* a um competidor; e (4) a viabilidade de proporcionar o acesso a *facility*” (US 708 F.2d 1081, §§ 191 e 192. 7th Circ., 1983). No âmbito da União Européia, v. especialmente *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*; *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*; *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV v. Commission*; *Centre Belge d’Etudes de Marché- Telemarketing (CBEM) v. SA Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) and Information Publicité Benelux (IPB)* e *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*. Em Portugal, a Lei 19/2012 tipifica, em seu artigo 11º, 2, como conduta passível de ser considerada abusiva, “e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade”.

<sup>48</sup> A perquirição da validade dos parâmetros utilizados na precificação dá-se não só em casos de fixação de preços exorbitantes para acesso a facilidades essenciais (que equivale a uma recusa de acesso), como nos casos de predação ou majoração abusiva de preços e de *price* ou *margin squeeze*, em que, comparando os preços praticados nos mercados grossista e varejista, analisa-se a existência de ilícito anti-concorrencial.

desempenhada por um ou mais agentes com posição dominante se mostrar maléfica ao processo concorrencial.

Em indústrias de infraestrutura recém-liberalizadas, entretanto, em virtude de suas características especiais expostas *supra*, o acesso às redes e sua interconexão, bem como o controle de preços praticados pelo incumbente tradicional (antigo monopolista) se afiguram condições inafastáveis para que se permeabilize estes setores à concorrência<sup>49</sup>. Isto porque o acesso à rede consubstancia o próprio o acesso ao mercado<sup>50</sup> e a manutenção da integração vertical do incumbente tradicional fornece ampla vantagem competitiva<sup>51</sup> relativamente aos novos entrantes, os quais com ele concorrem no mercado retalhista, mas dele dependem, em sede de mercado grossista, para viabilizar a prestação de seus serviços aos consumidores finais.

O controle dos gargalos de acesso nestes setores implica, portanto, no poder, por parte dos incumbentes, de vedação à entrada ou à permanência no mercado de seus competidores.

---

<sup>49</sup> Nas palavras de Federica Parmiggiani, “o recurso aos princípios inspiradores da doutrina das *essential facilities* permite, portanto, tornar efectivamente acessível um recurso ao qual, com base em motivos legítimos, se faça requerimento, favorecendo uma abertura real dos mercados” (“Il lento Processo di Liberalizzazione della Telefonia in Italia” in *Contratto e Impresa/Europa*, vol. 1, n. 1, ano IV, jan/jun 1999, p. 363). Na mesma linha, Pedro António Pimenta Costa Gonçalves: “a circunstância de a concorrência no sector das telecomunicações ter sido promovida com base na possibilidade (técnica) do acesso das novas empresas à rede básica, esteve na origem do designado princípio da rede aberta, que cria para a organização que gere essa rede a obrigação de proporcionar aos novos operadores as condições que lhes permitam explorar a actividade para que estão licenciados” (*Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 136).

<sup>50</sup> GARCÍA-MORATO, Lúcia; ORTIZ, Gaspar Ariño. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados: Fusiones y Adquisiciones, Control de Empresas y Poder Político*. Granada: Comares, 2001, p. 205.

<sup>51</sup> Em um primeiro plano, o controle da infraestrutura em rede e especialmente do ponto (gargalo) de acesso implica o controle de todos os fluxos de serviços inter e intra-sistemáticos, adquirindo o incumbente um poder de mercado significativo (LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69), dada a sua capacidade de impedir ou dificultar a entrada de novos entrantes no mercado mediante a negativa ou a imposição de condições abusivas para o acesso à sua rede e a interconexão com outras redes. Em segundo lugar, o incumbente estaria em posição de realizar subsídios cruzados entre os preços grossista e retalhista e entre os preços de diferentes produtos dentro da cesta de serviços ofertada no mercado, além de possuir informações privilegiadas (OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 41) quanto à migração de usuários e às capacidades técnica e de crescimento de seus competidores, situando-se em melhores condições para manipular e discriminar preços de acordo com os seus interesses egoísticos. Não bastasse, o operador histórico via-se favorecido em suas relações com os consumidores finais em virtude do substancial acúmulo de informações atinentes aos gostos, perfis e preferências da quase totalidade dos usuários, de contratos de longo prazo já celebrados com os consumidores finais e fornecedores e da natural inércia dos usuários em darem continuidade a uma relação comercial com o qual já possuíam familiaridade (OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 41).

Por esta razão, a imposição das obrigações e controles concernentes à regulação econômica faz-se necessária independentemente de os incumbentes se enquadrarem na definição tradicional de dominância aplicada pelo direito da concorrência<sup>52</sup> ou terem agido de forma abusiva em detrimento de novos entrantes, necessitando-se de uma regulação *ex ante* que faça frente, *a priori* – antes da ocorrência de danos –, ao poder de mercado estrutural<sup>53</sup> dos incumbentes.

A aplicação das regras tradicionais das *essential facilities* e do controle *a posteriori* dos preços monopolistas, à vista disso, não se afiguram bastantes a garantir a abertura à concorrência e o bom funcionamento das indústrias de infraestrutura, denotando a necessidade de empregar mecanismos de regulação econômica especiais<sup>54-55</sup>, que se voltem a estabelecer, de forma geral e objetiva, em que circunstâncias o acesso às redes de infraestrutura há de ser viabilizado aos novos entrantes e a criar condições para efetiva concorrência no mercado, seja através do controle prévio de preços e do poder de mercado do incumbente tradicional, seja a partir da redução dos custos de migração dos usuários para os novos operadores (*v.g.*, portabilidade dos números).

---

<sup>52</sup> No âmbito da União Européia, por exemplo, as Diretivas 95/62/CEE e 2002/21/EC previam que as obrigações de compartilhamento de infraestrutura somente poderiam ser impostas a incumbentes com significativo poder de mercado, fixando, em regra, a detenção de 25% do mercado, enquanto a jurisprudência do Tribunal Europeu fixa, para efeitos da aplicação das leis antitruste, uma quota de mercado acima de 40% como potencial caracterizadora de uma posição dominante (acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1991, AKZO/Comissão, C-62/86, Colet., p. I-3359, n.º 60, e acórdão Imperial Chemical Industries/Comissão, n.º 148, *supra*, n.º 256). Do mesmo modo, uma quota de 70% a 80% constitui, por si só, um indício claro da existência de uma posição dominante [acórdãos Hilti/Comissão, n.º 148, *supra*, n.º 92; de 30 de setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Colet., p. II-3275, n.º 907, e Imperial Chemical Industries/Comissão, n.º 148, *supra*, n.º 257).

<sup>53</sup> OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011, p. 23. A nível europeu, conforme as Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas (2002/C 165/03), “o objectivo da imposição de obrigações *ex ante* a empresas designadas como detentoras de PMS [Poder de Mercado Significativo] é garantir que as empresas não possam utilizar o seu poder de mercado para restringir ou distorcer a concorrência no mercado relevante nem para alargar esse poder de mercado a mercados adjacentes” (16).

<sup>54</sup> OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 22.

<sup>55</sup> “Enquanto questões de *essential facilities* emergem em contextos puramente privados, não regulados, existe uma tendência para que exsurjam mais comumente em contextos em que o proprietária/controlador da *essential facility* esteja sujeito a regulação econômica ou pertença do Estado ou seja de outra maneira relacionado ao Estado. Logo, há comumente uma escolha de política pública a ser feita entre a extensão da regulação econômica e uma *essential facility doctrine* sob regras concorrenciais” (OECD. *Report on The Essential Facilities Concept*, 1996, p. 7)

Para o exercício de tais competências especiais, não se ignora que as autoridades de defesa da concorrência possuam mais larga experiência na identificação e sancionamento de casos de abuso de posição dominante<sup>56</sup>, sendo dotadas de melhores características e cultura institucionais para operar adequadamente e fazer cumprir regras que garantam o funcionamento equilibrado do mercado – aí incluídas aquelas relativas a *essential facilities* e ao controle de preços – de maneira mais uniforme, operando a construção de uma doutrina intersectorial mais homogênea<sup>57</sup>.

Tem-se em consideração, igualmente, o fato de o direito antitruste possuir à sua disposição sanções mais eficazes, tanto quantitativa, como qualitativamente<sup>58</sup>, e, “especialmente por ter se tornado economicamente coerente nos últimos 30 anos”<sup>59</sup>, mostrar-se “razoavelmente bom em promover a competição e evitar o favorecimento de interesses particulares”<sup>60</sup>, enquanto as agências reguladoras mostram-se sujeitas mais intensamente a serem capturadas pelos interesses das empresas reguladas ou mesmo dos consumidores, tendendo a desenvolver “uma sistemática predisposição contra os grupos de interesse não representados”<sup>61</sup>.

No entanto, a despeito das inegáveis capacidades das autoridades da concorrência em termos de regulação econômica, o mecanismo individualizado e casuístico sob o qual operam não se mostra suficiente para corrigir as desigualdades existentes nos mercados de infraestrutura. Porque as assimetrias entre incumbentes e entrantes e os gargalos na rede são estruturais<sup>62</sup>, somente uma intervenção *ex ante*,

---

<sup>56</sup> LAROUCHE, Pierre. *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*. Oxford: Hart Pub., 2000, p. 209.

<sup>57</sup> NÚÑEZ, Pilar Sánchez; FUSTER, Luis Berenguer. “Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia” in *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, nº 37, 1997, p. 149.

<sup>58</sup> De uma forma geral, as sanções passíveis de serem aplicadas por autoridades antitruste limitam-se a um substancial percentual do facturamento da empresa e abarcam danos retrospectivos, podendo, inclusive, dar azo a condenações criminais, enquanto as sanções postas à disposição das agências reguladoras são limitadas a um determinado numerário previsto em lei ou a percentuais muito inferiores àqueles aplicados pelo direito da concorrência, possuindo, ainda, limitações à condenação a danos retrospectivos, fixação de criminais, etc.

<sup>59</sup> Carlton D.W. and Picker R.C. (2007), *Antitrust and Regulation*, NBER Working Paper 12902, p. 51 *apud* OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011, p. 24.

<sup>60</sup> Carlton D.W. and Picker R.C. (2007), *Antitrust and Regulation*, NBER Working Paper 12902, p. 51 *apud* OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011, p. 24

<sup>61</sup> OWEN, Bruce. “Determining Optimal Access to Regulated Essential Facilities” in *Antitrust Law Journal*, vol 58, 1989-1990, pp. 892-893 *apud* NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (Compartilhamento de Infra-estruturas e Redes)*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 238.

<sup>62</sup> Nas palavras de Tomás Vázquez Lepinette, “o Direito da Defesa da Concorrência serve para reprimir os abusos de posição dominante caso por caso, mas não faculta a imposição de medidas estruturais de carácter geral” (*La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*. Ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 74-75).

contínua e sujeita a monitoramentos e revisões periódicas ajustáveis à experiência e à evolução do ambiente concorrencial<sup>63</sup> se apresenta capaz de dotar os entrantes de um maior grau de certeza quanto à operabilidade destes novos mercados e à viabilidade de retorno de seus investimentos.

Ademais, a imposição de deveres de compartilhamento de infraestruturas e o controle de preços dependem da análise de um grande volume de dados e de informações de alta complexidade técnica, estando as agências reguladoras mais bem posicionadas para aceder a e manter atualizados tais dados<sup>64</sup>, analisá-los tecnicamente e transformá-los em medidas eficazes e condizentes com as particularidades de cada setor para a correção de desequilíbrios.

Soma-se a isso o fato de as agências reguladoras terem por missão a correção de falhas de mercado e a promoção de interesses que não se limitam à repressão de abuso de poder econômico, o que se afigura sobremaneira relevante em matéria de formação de preços, visto que a fixação e a análise de preço podem ter de servir a políticas redistributivas e de bem-estar social, com o seu emprego acima ou abaixo do que razoavelmente se poderia prever em um contexto ideal de mercado – situação que jamais poderia ocorrer sob a aplicação dos mecanismos e regras tradicionais de direito antitruste<sup>65</sup>.

Nesse contexto, as competências para regulação econômica de mercados liberalizados, principalmente no tocante às obrigações e condições de compartilhamento de infraestruturas essenciais (transparência, não-discriminação, publicação de uma oferta de referência, acesso a elementos específicos das redes e dos recursos associados) e fixação de preços de acesso e serviços (aplicação do princípio da orientação a custos<sup>66</sup>, separação de contas, modicidade), foram endereçadas, como regra, na maioria dos países ocidentais, às agências reguladoras.

---

<sup>63</sup> ERG. *Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework*, 2006, p. 18.

<sup>64</sup> De acordo com o Relatório da OCDE sobre a Relação entre Reguladores e Autoridades da Concorrência, publicado em 1998, as autoridades de defesa da concorrência confiam mais em denúncias e reúnem informações somente quando e quanto necessário em conexão com uma possível ação de aplicação [*enforcement*] da legislação (pp. 8-9). Por sua vez, em razão de sua proximidade com os agentes do mercado e de competências específicas que lhes outorgam amplos poderes para requisitar e gerenciar informações prestadas pelas firmas reguladas, a reunião de informações por parte de agências reguladoras é periódica, contínua e alcança um maior número de objetos e assuntos.

<sup>65</sup> GERADIN, Damien. O'DONOGHUE, Robert. "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector" in *GCLC Working Paper 04/05*, pp. 10-11.

<sup>66</sup> Sobre os critérios para a fixação de preços de acesso, v. OECD. *Report on Acces Pricing in Telecommunications*, 2004; SIRAGUSA, Mario; e BERETTA, Matteo. "La Dottrina delle essential facilities nel

A despeito disso, em razão do caráter subsidiário das agências reguladoras<sup>67</sup> e pelo fato de a regulação *ex ante* ter o potencial de causar distorções e falhas no mercado<sup>68</sup> (as denominadas falhas regulatórias), a competência regulamentar das agências reguladoras não exclui, *a priori*, a incidência *ex post* do direito antitruste, subsistindo, em princípio, os poderes das autoridades da concorrência em fiscalizar e punir as distorções artificiais à concorrência causadas pelos agentes regulados. A investigação dos efeitos de tal interface analisaremos no capítulo seguinte.

### 2.3 Regulação da Concorrência

A regulação da concorrência consiste em medidas proativas destinadas a “promover a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado,

---

Diritto Comunitario ed Italiano della Concorrenza” in *Contrato e Impresa/Europa*, vol. 1, n. 1, ano IV, jan/jun 1999, pp. 340-347; LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 400; BRENNER, Daniel L. *Law and Regulation of Common Carriers in the Communications Industry*. Boulder-San Francisco-Oxford: Westview Press, 1992, pp. 104-128; LAROUCHE, Pierre. *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*. Oxford: Hart Publishing, 2000, pp. 241-246; e CONFRARIA, João. “Regulação dos Sectores das Comunicações e Energético” in CEEP – Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral [Org.], pp. 71-74, tratando, este último, especificamente de alguns exemplos nacionais portugueses.

<sup>67</sup> A subsidiariedade das agências reguladoras implica em que o controle econômico dos agentes privados seja gradualmente passado às autoridades da concorrência à medida que e na porção em que os setores regulados se tornem mais competitivos e cheguem a um nível de concorrência razoável. Evidentemente, há mercados mais contestáveis e mais suscetíveis a se tornarem mais competitivos com a evolução da regulação e da tecnologia, como, por exemplo, o mercado de telefonia móvel; outros mercados possuem falhas endêmicas, não sendo contestáveis, de forma que a regulação deve ser perene ou há de ser mantida por mais longo tempo até que se mostre possível um nível de competição mínimo e razoável entre os agentes do mercado.

<sup>68</sup> Conforme Eduardo Ferreira Jordão, “a regulação pode, por exemplo, (i) erigir barreiras à entrada e à saída do mercado; (ii) estabelecer vantagens competitivas artificiais para produtores específicos; (iii) promover assimetrias informacionais; (iv) impedir a concorrência em determinados aspectos dos produtos; (v) impor custos financeiros e de gestão que poderão retirar recursos das atividades mais produtivas e dos investimentos; (vi) influir na escolha tecnológica; (vii) comprometer a flexibilidade e a liberdade empresarial, (viii) reduzir a produção e (ix) promover a elevação dos preços de bens e serviços” (*Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 17). Na mesma linha, o Relatório publicado em 2010 pelo UNCTAD sobre Modelo de Lei sobre a Concorrência (Capítulo VII) diagnosticou que “a regulação pode, no entanto, ter também impactos negativos sobre a concorrência. Medidas que podem negativamente afetar a entrada, a saída e a operação de mercados revestem-se de variadas formas, tais como: (a) criação de obstáculos administrativos, como procedimentos complexos e extensos de concessão de autorizações para o estabelecimento de novos players no mercado; (b) exigência de cumprimento de normas e standards de valoração de barreiras à entrada; (c) resguardo de empresas estrangeiras competirem nos mercados nacionais; (d) concessão de privilégios a determinados players, a exemplo dos campeões nacionais, e, assim, concedendo uma vantagem competitiva; e (e) decisões de contratações públicas e relativas a auxílios estatais arbitrários, que distorcem a concorrência” (p. 5). Sobre o tema, ver, ainda, AMATO, Giuliano; LAUDATI, Laraine L. [Coord.]. *The Anticompetitive Impact of Regulation*. Cheltenham; Northampton: EE Publishing Limited, 2001.

incluindo a avaliação periódica do grau de dominação dos mercados e medidas preventivas (controle das concentrações) ou reactivas a restrições à concorrência”<sup>69</sup>.

É este o campo por excelência de atuação das autoridades de defesa da concorrência, sendo tais entidades dotadas de amplas vantagens, relativamente às agências reguladoras, para assegurar o regular funcionamento do mercado mediante o controle das concentrações e a fiscalização e punição de condutas ilícitas.

Com efeito, as autoridades antitruste têm, em regra, maior neutralidade<sup>70</sup>, autoridade e ampla capacidade de intervenção junto aos agentes econômicos, detendo, de um lado, funções de investigação análogas àquelas conferidas a autoridades policiais<sup>71</sup>, inclusive de ordenação cautelar de práticas passíveis de iminentemente lesionar a concorrência<sup>72</sup>, e, de outro, a possibilidade de aplicar sanções mais eficazes na coibição de práticas anticompetitivas, seja pelo mais alto valor das sanções pecuniárias que normalmente lhes são permitidas aplicar comparativamente aos parâmetros sancionatórios a que se sujeitam as agências reguladoras, seja pela maior extensão que geralmente é atribuída ao seu poder punitivo para abarcar danos retrospectivos e culminar na abertura de processos criminais contra os agentes fiscalizados<sup>73</sup>.

Em acréscimo, por motivo de sua competência transversal, as autoridades de defesa da concorrência possuem maior conhecimento global do mercado e são dotadas de extensa experiência na identificação e punição de condutas contrárias ao equilíbrio do mercado, estando mais bem posicionadas para conferir, neste tocante, a segurança

---

<sup>69</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. *Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 26

<sup>70</sup> A sua atuação transversal e o fato de a sua atuação ser limitada à reunião de provas e sancionamento de condutas (e não à construção propriamente dita de normas regulatórias) reduz o risco de captura por interesses dos atores econômicos e sociais relacionados a um mercado regulado específico.

<sup>71</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. *Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 192-193.

<sup>72</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. *Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 194.

<sup>73</sup> v. JABLON, Robert A; *et alii*. “Dispelling myths: A real world perspective on Trinko” in *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n. 04, winter 2005, p. 611.

jurídica necessária aos agentes econômicos, unificando critérios<sup>74</sup> e uniformizando<sup>75</sup> a interpretação e a aplicação do direito antitruste.

De outro lado, especificamente no que concerne à avaliação do grau de poder de mercado, a atividade contínua de monitoramento das agências reguladoras permite-lhes identificar, com maior antecedência – ou antes mesmo de ocorrerem –, as condutas anticompetitivas e as situações de dominância dos agentes nos mercados regulados, o que, somado à sua expertise técnica, dota-lhes da capacidade de definir os mercados relevantes<sup>76</sup> (notadamente sob a ótica do produto) e atuar com vista à mitigação do grau de dominância dos agentes regulados e em prevenção a condutas maléficas à concorrência.

Sendo assim, agências reguladoras são hábeis a exercitar, neste tocante, competências afetas à regulação da concorrência<sup>77</sup>, o que, contudo, não exclui a análise *ex post* por autoridades antitruste dos mercados relevantes e do grau de dominância de agentes em setores regulados<sup>78</sup>, pois, atuando estas em momento posterior à prática

---

<sup>74</sup> NÚÑEZ, Pilar Sánchez; FUSTER, Luis Berenguer. “Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia” in *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, nº 37, 1997, p. 149. Anota, ainda, o referido autor, que, precisamente por este motivo que, “na Espanha, o Tribunal Supremo declarou que o único organismo com capacidade para assinalar quando existe uma conduta contrária à concorrência é o Tribunal de Defesa da Concorrência” (*idem, ibidem*)

<sup>75</sup> LAROCHE, Pierre. *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*. Oxford: Hart Pub., 2000, p. 343

<sup>76</sup> O mercado relevante pode ser definido, segundo lecionam Gaspar Arño Ortiz e Lúcia García-Morato, como “o espaço físico ou comercial em que se identificará a posição dominante de um ou vários operadores e onde se analisará os efeitos sobre a concorrência” (*La Competência em Sectores Regulados. Regulación Empresarial y Mercado de Empresas*. Granada: Comares, 2003, p. 107) e uma correta definição de mercado relevante deve considerar três dimensões: a dos produtos, a geográfica e a temporal (SALOMÃO FILHO, Calixto. “Setor de Telecomunicações: Definição de Mercado” in *Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18).

<sup>77</sup> A nível europeu, v. Diretiva 2009/140/EC, de 25 de Novembro de 2009, que, em alteração da Diretiva- Quadro 2002/21/EC para o sector das telecomunicações, conferiu nova redação ao item 1 do artigo 16 nos seguintes termos: “1. As autoridades reguladoras nacionais devem efectuar uma análise dos mercados relevantes tendo em conta os mercados identificados na recomendação e tendo na melhor conta as orientações. Os Estados-Membros devem assegurar que essa análise seja realizada, se for caso disso, em colaboração com as autoridades nacionais reguladoras da concorrência”; v. tb. a Recomendação da Comissão C(2007) 5406, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante* em conformidade com a Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas.

<sup>78</sup> É esta a ressalva expressa empreendida pelo item 16 da Recomendação da Comissão C(2007) 5406: “o processo de identificação de mercados na presente recomendação não prejudica a eventual definição de mercados em casos específicos a título do direito da concorrência. Além disso, o âmbito da regulamentação *ex ante* não prejudica o âmbito das actividades que podem ser analisadas a título do direito da concorrência”.



da infração, possuem uma visão mais pontual e exata das características e das forças que agem em determinado mercado que só a experiência do caso concreto pode conferir.

A dinâmica entre as competências concorrentes das agências reguladoras e das autoridades de defesa da concorrência, não só no âmbito da regulação da concorrência, mas no tocante às regulações técnica e econômica, analisaremos a seguir.

### 3. A Defesa de Conduta Regulada em Procedimentos Antitruste

A divisão de competências em matéria de ordenação econômica, examinada *supra*, denota que as áreas de atuação legítima do regulador são precisamente aquelas em que há grande potencial para controle da concorrência *ex post*<sup>79</sup>.

O fato de agências reguladoras e autoridades de defesa da concorrência atuarem, malgrado ordenadas para um mesmo objetivo final, sob lógicas e métodos distintos e possuírem prioridades diferentes cria um ambiente propício ao conflito de regras e competências<sup>80</sup>, fazendo surgir o problema da defesa de conduta regulada em procedimentos antitruste, que consiste na possibilidade (ou não) de agentes regulados, agindo sob as normas do ordenamento setorial, serem fiscalizados e/ou punidos pelas autoridades antitruste.

Os principais exemplos de tal fenômeno se dão nas telecomunicações, em que a competência das agências reguladoras para sujeitarem empresas a obrigações assimétricas e especiais pressupõe uma posição de dominância de um ou mais agentes sobre os seus competidores, impondo, em consequência, a definição prévia, por parte

---

<sup>79</sup> KNIIEPS, Günter. "Phasing out Sector-Specific Regulation in Competitive Telecommunications" in *Revista Kyklos*, vol. 50, fasc. 3, 1997, p. 331.

<sup>80</sup> Segundo Damien Geradin e Robert O'Donoghue, a difusão de competências de ordenação econômica em mais de uma instituição, especialmente no contexto da União Européia, dada a competência da Comissão para resolver casos antitruste, faz surgir conflitos potenciais de jurisdição que podem ser divididos entre "sobreposições [overlaps] verticais", *i.e.* sobreposições entre procedimentos tomando lugar no nível da EC e procedimentos tomando lugar em nível nacional, e 'sobreposições horizontais', *i.e.*, sobreposições entre procedimentos tomando lugar em nível nacional. Sobreposições verticais podem ocorrer em duas situações. Primeiro, um reclamante em caso de *margin squeeze* pode propor uma demanda perante ambas a Comissão e uma NCA [Autoridade Nacional da Concorrência] (Regulação do Conselho 1/2003 e as respectivas diretivas da Comissão são passíveis de prevenir tais sobreposições que ocorram na vasta maioria das situações). Segundo, uma sobreposição pode ocorrer quando, numa mesma questão, a Comissão inicie uma ação com base nas regras de concorrência da EC e uma NRA [Agência Regulatória Nacional] inicie procedimentos com base na regulação sectorial específica. Sobreposições verticais podem ocorrer quando a NCA e a NRA estão ambas sujeitas [*seized*] a uma mesma matéria. ("The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector" in *GCLC Working Paper* 04/05, pp. 52-53).

das entidades setoriais, dos mercados relevantes e do grau de poder de mercado manifestado pelas empresas do setor.

Daí exsurge clara interface com o direito antitruste, porquanto, em uma situação de análise desfasada, incompleta ou inexata de tais parâmetros por agências reguladoras – que, por exemplo, imponha o compartilhamento de infraestrutura quando não era este devido, colocando um competidor em desvantagem relativamente aos demais, ou deixe de obrigar o detentor da rede a permitir o acesso ou a interconexão de terceiros quando estes se mostrarem essenciais à entrada ou manutenção eficiente dos competidores no mercado –, a atuação dos agentes regulados pode provocar graves distorções à concorrência, subsumindo-se, em tese, às condutas arroladas pelas leis antitruste como ilícitas e passíveis de enfrentamento pelas autoridades de defesa da concorrência.

Igualmente, apesar de ser, em regra, da competência das agências reguladoras o controle de preços de acesso e preços retalhistas, o direito concorrencial, com seu consequente *enforcement* por parte das autoridades antitruste, pode se mostrar aplicável nos casos em que, embora fiscalizados ou mesmo arbitrados pelas entidades setoriais, os preços praticados pelos agentes regulados sejam abusivos, predatórios ou culminem no estrangulamento das margens de lucro de seus competidores, tendo por efeito o impedimento, falseamento ou restrição da concorrência.

Ambas hipóteses denotam, por um lado, que o afastamento completo da incidência das normas antitruste em setores sujeitos a prévia regulação poderia trazer altos riscos e malefícios à sociedade. Por diversos motivos (captura, deficiência técnica, falta de experiência ou efetiva autoridade para lidar com problemas concorrenciais e/ou fazer frente ao poder de empresas com alto grau de dominância nos mercados, inacessibilidade ou manipulação de dados por agentes regulados, ausência ou incorreção da análise prévia de impacto regulatório, etc.), as decisões tomadas pelas agências reguladoras podem, ao invés de fomentar a concorrência e o bem-estar nos mercados regulados, não ter qualquer efetividade para modificar situações de desequilíbrio ou, pior, agravar situações de dominância e as falhas de mercado que deveriam coibir<sup>81</sup>.

Nestes casos, seria de todo incompatível com o interesse público a permanência de tais cenários até eventual cassação via judicial ou revisão interna das normas

---

<sup>81</sup> Sobre as falhas regulatórias, v. nota 60 *supra*. Especificamente sobre falhas regulatórias em setores financeiros, v. ACHARYA, Viral V.; COOLEY, Thomas F.; RICHARDSON, Matthew P; WALTER, Ingo “Market Failures and Regulatory Failures: Lessons from Past and Present Financial Crises” in *ADBI Working Paper*, nº 264, feb 2011, pp. 1-37.

regulatórias, culminando em que a defesa de conduta regulada deva ser vista de forma restrita, sem significar a isenção antitruste de todo o setor regulado.

Por outro lado, a submissão ao escrutínio das autoridades da concorrência de qualquer conduta praticada pelos agentes regulados com base em regras exaradas pelas agências reguladoras infringiria a segurança jurídica, a boa-fé e a legítima confiança depositada pelos particulares em tais instituições, além de retirar toda credibilidade e eficácia das decisões regulatórias. Ainda, tal solução impediria tanto que os processos regulatórios considerassem interesses outros, tão ou mais legítimos que a proteção da concorrência<sup>82</sup>, quanto uma atuação pró-ativa do regulador em adaptar o marco setorial à dinâmica realidade do mercado<sup>83</sup>, engessando a atividade das agências e impedindo-as de concretizar as missões institucionais que lhes foram confiadas.

Por estes motivos, concluímos, com Vítor Martins, que, “em sectores económicos abrangidos pela logica do interesse geral, um elevado nível concorrencial sem regulação substancial e eficiente estará próximo do caos concorrencial, gerando ineficiências económicas e sociais. (...) E um fraco controlo concorrencial com hiper-regulação tende sempre para situações oligopolistas, que, mais cedo ou mais tarde, têm um custo para os consumidores, cidadãos e para a própria coesão económica da EU”<sup>84</sup>.

Portanto, a relação entre agências reguladoras e autoridades de defesa da concorrência deve ser orientada ao equilíbrio, estabelecendo-se critérios objetivos e consistentes para solucionar os conflitos que surjam entre ambas entidades.

### 3.1. Critérios para solução de conflitos

A solução de eventuais conflitos de competência entre agências reguladoras e autoridades de defesa da concorrência depende, principalmente, de dois fatores: o *design* legislativo da interface entre ambas as entidades e o respectivo relacionamento por elas desenvolvido<sup>85-86</sup>.

---

<sup>82</sup> “A defesa de conduta regulada é importante para assegurar que o Estado possa exercitar seu poder soberano para aplicar a regulação que julgue justificada por razões económicas e/ou sociais muito embora a regulação possa conflitar com a política da concorrência” (OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011, p. 1)

<sup>83</sup> GORINSON, Stanley. “Overview: Essential Facilities and Regulation” in *Antitrust Law Journal*, vol. 58, nº 3, 1989, pp. 876-877.

<sup>84</sup> MARTINS, Vítor. “Regulação e Política Anti-trust na União Européia” in CEEP – Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral [Org.]. *Conferência de Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral, realizada em Lisboa em 15 de Outubro de 2001*, p. 117.

<sup>85</sup> UNCTAD. “Model Law on Competition - Chapter VII”, p. 8.

<sup>86</sup> Por esta razão, os critérios propostos no presente são indicativos das soluções razoáveis

Em consequência, legislações nacionais (ou comunitárias) específicas e acordos legalmente chancelados entre tais entidades podem conferir irrestrita ou parcial imunidade de setores regulados à aplicação das regras da concorrência<sup>87</sup>, transferindo às agências reguladoras, além das funções de regulação técnica e econômica, a regulação da concorrência, ou vice-versa<sup>88</sup>.

Sucedo, porém, que, na maior parte dos casos, inexistem delegações legais ou acordos de competências claros que solucionem conflitos nas zonas cinzentas em que se mostra razoável uma atuação tanto por agências reguladoras, como por autoridades de defesa da competência.

O desate de tais controvérsias, então, passa a depender da perquirição, no caso concreto, de qual entidade possui maior capacidade<sup>89</sup> e legitimidade para solucionar, de forma definitiva, questões conexas ao direito da concorrência em ambientes regulados.

Os tribunais e a doutrina já se debruçaram sobre o tema, propondo os seguintes critérios:

### **3.1.1 Especialidade da Legislação Setorial**

Em circunstâncias em que o direito antitruste e o direito regulatório (ou as regras concessivas de competências ao exercício do poder normativo por agências) estejam no mesmo nível hierárquico, há autores que defendem a aplicação do critério geral da especialidade para resolver a antinomia de leis e afastar a incidência da lei geral de defesa da concorrência em virtude das especiais prerrogativas outorgadas pelo

---

passíveis de serem aplicadas no silêncio de normas específicas vigentes em cada ordenamento nacional, devendo, em sua aplicação, ser adaptados às particularidades fáticas, culturais e jurídicas de cada país.

<sup>87</sup> Nos Estados Unidos, por exemplo, isenções legais irrestritas de direito antitruste existem nos setores de seguro, agricultura, cooperativas de pesca, transporte marítimo, transporte ferroviário, transmissão de esportes e associações de exportação. E isenções parciais existem para específicas condutas existentes no licenciamento de marcas registradas de *soft drinks*, alianças de aviação internacional civil, saúde e educação (OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011, p. 10).

<sup>88</sup> Em Austrália, Nova Zelândia e Países Baixos, por exemplo, as respectivas autoridades de defesa da concorrência são responsáveis não só pela aplicação das normas antitruste, como pela regulação econômica e, inclusive, técnica de algumas indústrias de rede (OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011, p. 44). Neste último Estado, a supervisão da regulação setorial pode ser endereçada a uma entidade reguladora específica, a uma câmara da NMa (autoridade da concorrência holandesa) ou à própria NMa diretamente, sendo que somente será atribuída tal competência a uma agência reguladora se a NMa não for considerada hábil a dar aplicação e efetividade às regras, mesmo quando tais regras não forem estabelecidas no âmbito da legislação geral da concorrência (OECD. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998, p. 190).

<sup>89</sup> UNCTAD. “Best Practices for Defining Respective Competences and Settling of Cases which Involve Joint Action of Competition Authorities and Regulatory Bodies”, p.5.

legislador às agências reguladoras em matéria, sobretudo, de regulação econômica e técnica. Nas palavras de Carlos Baptista Lobo, especificamente sobre os casos de compartilhamento de infraestrutura, “a relação de especialidade da legislação regulatória justifica essa opção. Se o legislador pré-concebe e predefine uma imposição concreta, não fará sentido aplicar nessa sede as normas da concorrência”<sup>90-91</sup>.

Não assentimos, contudo, com tal posição, pois nem sempre as medidas regulatórias pautadas em legislação especial serão adequadas, eficazes ou suficientes para corrigir as falhas de que sofrem os mercados regulados, não se podendo afastar totalmente, sem previsão legal clara e específica, a incidência das regras de direito antitruste, conforme já expusemos no intróito deste capítulo.

### **3.1.2 Primary Jurisdiction Doctrine**

A doutrina da jurisdição primária, desenvolvida pelas cortes norte-americanas<sup>92</sup>, repousa em que o julgamento de questões antitruste envolvendo matérias de especialidade técnica de agências reguladoras somente pode ser realizado após a autoridade setorial analisar e manifestar-se sobre a demanda<sup>93</sup>.

Preceitua, então, que, em deferência à delegação de poder realizada pelo legislador em prol de uma entidade com conhecimento especial e discricção sobre determinado assunto, as cortes antitruste remetam questões para serem decididas previamente pelas agências, permitindo a adequada utilização da expertise e especial conhecimento que detêm e a uniformização de matérias setoriais<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 374.

<sup>91</sup> Parece ser esta, igualmente, a posição de Ruy Santa Cruz, segundo o qual “cabe a cada agência planejar a estrutura do mercado que regula e a forma de concorrência que considera melhor para a sociedade. Dessa maneira, não é lógica a possibilidade desse planejamento ser alterado pela decisão do órgão antitruste, que desconhece a estratégia do regulador e não detém os conhecimentos técnicos específicos necessários para a tomada de decisão. A duplicidade de regulação é, desse modo, ineficiente do ponto de vista público e privado” (“Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados” in *Revista Arché: interdisciplinar*, vol. 10, n.º 29, 2001, p. 97).

<sup>92</sup> v. *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil*, 204 U.S. 426 (1907), em que a corte remeteu a reclamação de que estavam sendo cobradas de Abilene taxas irrazoáveis para embarque de cargas de Louisiana para o Texas para prévia apreciação do Interstate Commerce Commission (ICC); *Great Northern Railway Co. v. Merchants Elevator Co.*, 259 U.S. 285 (1922), decidindo a corte que a fixação de taxas, neste caso, independia de conhecimento especializado e recusando a aplicação da doutrina; *United States v. Western Pacific Railroad Co.*, R.R. Co., 352 U.S. 59 (1956), relacionado a questões de taxas de transporte de cargas perigosas, em que a prévia manifestação da Comissão era indispensável em virtude das diversas variáveis a serem consideradas na alocação de custos.

<sup>93</sup> LOCKWOOD, Aaron J.. “The Primary Jurisdiction Doctrine: Competing Standards of Appellate Review” in *64 Washington and Lee University Law Review*, 707, 2007, p. 710.

<sup>94</sup> *United States v. Western Pacific Railroad Co.*, R.R. Co., 352 U.S. 59 (1956), § 64.

Tal teoria, porém, embora tenha o mérito de reconhecer o importante papel das agências na consecução de políticas públicas e de dotar as cortes antitruste de informações técnicas de melhor qualidade, limita-se a requisitar uma primeira opinião da autoridade setorial, que pode ou não prevalecer na contenda antitruste, ficando, assim, sem resolver propriamente o conflito de normas.

### **3.1.3 Filed Rate Doctrine**

Pioneiramente aplicada pela Suprema Corte americana em *Keogh v. Chicago & Northwest Ry.*, sob a arguição de conluio de ferrovias para fixar taxas acima do parâmetro que se mostraria razoável na presença de competição, a *filed rate doctrine* dispõe que qualquer taxa ou tarifa aprovada pela agência competente possui o aval do governo – presumindo-se não-discriminatória e razoável – e não se sujeita a questionamentos posteriores contra as entidades privadas avalizadas<sup>95</sup>.

Tal solução passou a ser aplicada em todos os ambientes regulados<sup>96</sup>, tendo maior expressão no caso *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, em que a segunda foi acusada da prática de *price squeeze* por cobrar preços abusivos que ensejariam um retorno maior em suas vendas no mercado grossista de eletricidade que no retalhista, comprimindo ou tornando impossível a margem de lucro de seus concorrentes.

Entendeu a Corte do Primeiro Circuito estadunidense que preços completamente regulados em ambos os mercados<sup>97</sup> “alteram dramaticamente o cálculo

---

<sup>95</sup> ROWLEY, Keith A., "Immunity from Regulatory Price Squeeze Claims: From Keogh, Parker, and Noerr to Town of Concord and Beyond" in *Scholarly Works*. Paper 552, p. 413. Na decisão da Corte: “os direitos legais do embarcador [*shipper*] contra o transportador [*carrier*] em relação a uma taxa são medidos pela tarifa publicada. A menos que e até ser suspensa ou afastada, a tarifa é constituída, para todos os propósitos, como taxa legal” (260 U.S. 156 (1922), § 163).

<sup>96</sup> Cf. ROWLEY, Keith A., "Immunity from Regulatory Price Squeeze Claims: From Keogh, Parker, and Noerr to Town of Concord and Beyond" in *Scholarly Works*. Paper 552, p. 413, nota 79, v. *SquareD Co. v. Niagara Frontier Tariff Bureau, Inc.*, 476 U.S. 409 (1986) (motor carriage); *Arkansas La. Gas Co. v. Hall*, 453 U.S. 571 (1981) (*Arkla*) (natural gas production); *Montana-Dakota Util. Co. v. Northwestern Pub. Serv. Co.*, 341 U.S. 246 (1951) (electric utilities); *INF, Ltd. v. Spectro Alloys Corp.*, 881 F.2d 546 (8th Cir. 1989) (common carriage generally); *Pinney Dock & Transp. Co. v. Penn Cent. Corp.*, 83 F.2d 1445 (6th Cir.) (dockside loading, unloading, and handling), *cert. denied*, 488 U.S. 880 (1988); *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1145 (7th Cir.) (telecommunications), *cert. denied*, 464 U.S. 891 (1983).

<sup>97</sup> “Antes que Edison possa aumentar suas tarifas, precisa publicar as novas tarifas perante o Registro Federal e dar notícia da proposta de aumento a todos os seus clientes no mercado grossista. Ver 18 C.F.R. Sec. 35.8 (1990). Se uma parte interessada levantar uma questão legítima sobre o aumento da tarifa, FERC [agência regulatória do setor de energia] normalmente irá suspender as novas tarifas por até cinco meses, investigá-las e, se não houver investigado até então, permitir que seja a nova tarifa levada a efeito sujeita à condição de ressarcimento caso seja finalmente rejeitada. Ver 16 U.S.C. Sec. 824d(d, e). Similarmente, o Departamento de *Public Utilities* de Massachusetts (“DPU”) regula os preços do mercado

de malefícios e benefícios antitruste. Primeiro, a regulação diminui significativamente a probabilidade de maiores danos antitruste. Em particular, reduz a probabilidade de barreiras à entrada, nomeadamente o risco que (1) preços subirão porque (2) novas firmas irão hesitar em entrar em um mercado e competir após (3) uma compressão já houver sido dirigida contra competidores independentes pré-existentes. Todas as três proposições se tornam sujeitas a dúvidas pela regulação. Para começar, em uma indústria regulada, reguladores controlam o preço diretamente. E as leis tipicamente requerem a manutenção, por reguladores, de preços a níveis razoáveis<sup>98</sup>, não cabendo controle antitruste.

Sob preços arbitrados em patamares *fixos* pelas agências, as empresas reguladas estão proibidas de cobrar preços diversos, parecendo-nos lógica a impossibilidade de configuração de ilícitos antitruste nestes casos, pois não há manifestação autônoma de vontade por parte do agente<sup>99</sup>.

Situação diversa se dá, entretanto, quando os preços regulados forem unicamente estimados ou limitados a um patamar mínimo ou máximo (*price cap*), havendo, nestes casos, margem de escolha dos agentes regulados na fixação dos preços, afigurando-se, então, inaplicável a *filed rate doctrine* e necessário fazer uso de critérios outros para solução de conflitos.

### **3.1.4 State Action Doctrine**

A denominada *state action doctrine* foi desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana em *Parker v. Brown*, ao se defrontar com um pedido de declaração de invalidade de uma lei regulatória estadual de rateio agrícola, cujo programa supostamente conflituava com a lei federal antitruste. Malgrado o *Sherman Act* se encontrasse em posição hierárquica superior à lei estadual, entendeu a corte que a regulação visava a normatizar o tratamento, a disposição e os preços de passas produzidas no Estado da Califórnia dentro do âmbito de competência específica do regulador e que a legislação federal antitruste não poderia se imiscuir na soberania do Estado quando este está ativamente envolvido na conformação da conduta sob disputa.

---

retalhista que Boston Edison cobra de seus consumidores em 39 cidades nas quais distribui energia elétrica. Ver M.G.L. c. 164, Secs. 93-94G" (915 F.2d 17, 59 USLW 2201, 1990-2 Trade Cases 69,193, §12).

<sup>98</sup> 915 F.2d 17, 59 USLW 2201, 1990-2 Trade Cases 69,193, § 33.

<sup>99</sup> Elucida Andreia Cristina Bagatin que "como qualquer ilícito de outra natureza, as infracções ao direito concorrência são compostas por um elemento objectivo (a configuração de todos os elementos do tipo previamente fixado em lei) e um elemento subjectivo (o ato de vontade do agente)" (*Price Squeeze e os Mercados Recém-Liberalizados*. Separata do Boletim de Ciências Económicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 48-49).

Em *California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum*, os contornos para aplicação da teoria foram sistematizados, assentando a Suprema Corte que a defesa de conduta regulada em procedimentos antitruste é válida quando (i) a regra regulatória seja claramente articulada e apresentada afirmativamente pelo Estado como política regulatória governamental; e (ii) a regra seja objeto de supervisão ativa e fiscalização por parte do regulador<sup>100</sup>.

Naquele caso, ao Estado somente competia autorizar e aplicar [*enforce*] os preços estabelecidos por agentes privados, sem estabelecê-los, sem fiscalizar a sua razoabilidade, regular os termos justos de contratos de comércio, monitorar as condições do mercado nem exercer reexame, de modo que se entendeu aplicável a legislação antitruste e ilícita a delimitação do preço de revenda pelo agente privado.

A despeito de ter sido desenvolvida para os casos de conflito de jurisdições federal e estadual, que, nos Estados Unidos, é sobremaneira particular e complexo, a *ratio* desta doutrina e os seus respectivos parâmetros parecem-nos aplicáveis a eventuais conflitos de competência assomados entre a Comissão Européia e as agências reguladoras estaduais – cuja relação, embora não seja propriamente de hierarquia, pauta-se em dois níveis institucionais-administrativos diversos, tal como no federalismo americano – e entre as agências reguladoras e autoridades de concorrência nacionais, na medida em que, se a legislação antitruste de hierarquia superior pode ser afastada sob estes parâmetros, *a fortiori* pode ser uma lei de igual patamar hierárquico.

#### **3.1.4 Implied Antitrust Immunities Doctrine**

A teoria das imunidades antitruste implícitas abarca, de certa forma, todos os demais critérios *supra*, consistindo na inaplicabilidade do direito antitruste quando confrontar diretamente com medidas e decisões aplicadas por agências reguladoras no exercício de competências específicas que lhes tenham sido confiadas em virtude de suas missões e capacidades institucionais.

Tal imunidade, todavia, é importante frisar, decorre não de uma ordem clara do legislador (como no caso das imunidades explícitas) ou simplesmente da especialidade das normas regulatórias relativamente às normas antitruste, mas de uma dedução do julgador de que, em determinados casos, a agência reguladora está mais bem colocada que as autoridades de defesa da concorrência para corrigir desequilíbrios do mercado

---

<sup>100</sup> 445 U.S. 97 (1980). § 105.



e/ou almeja atingir metas redistributivas que estão além da – e, em alguns casos, sobrepõem-se à – correção de efeitos anticompetitivos<sup>101</sup>.

Em *United States v. Philadelphia National Bank*, consignou-se que “afastamentos das leis antitruste por implicação de um diploma regulatório são fortemente desfavorecidos e têm lugar somente em casos de plena repugnância entre as previsões antitruste e regulatórias”<sup>102</sup>. No caso *Otter Tail Power v. United States*, envolvendo o acesso a *essential facilities* para distribuição de energia elétrica<sup>103</sup>, a Suprema Corte afastou imunidade à incumbente por entender que a autoridade limitada da *Federal Power Commission* (autoridade regulatória do setor elétrico) em ordenar interconexões não sujeitava a recusa de contratar acesso diretamente à regulação, asseverando que a mera sobreposição entre antitruste e regulação não ensejava a aplicação da teoria.

Também em *MCI Telecommunications Corp. v. AT&T Co.*, a Corte do Sétimo Circuito recusou a incidência da teoria das imunidades antitruste implícitas, condenando AT&T a compartilhar o acesso a suas infraestruturas essenciais com MCI.

Porém, a razão da recusa foi substancialmente diversa daquelas invocadas nos precedentes supracitados, calcando-se na ponderação de que, embora a autoridade regulatória do setor das telecomunicações possuísse competência para ordenar e regular o acesso à rede, *na prática*, por motivo do amplo poder econômico de AT&T, não conseguira implementá-lo *eficientemente*, atraindo, em consequência, a incidência da legislação antitruste a fim de sanar o desequilíbrio.

A partir daí, a teoria evoluiu de uma versão *categórica*, segundo a qual a simples presença de competência especializada da agência seria bastante para restringir a incidência do direito antitruste que a conflituasse diretamente, para uma versão *discricionária*, em que a extensão do direito concorrencial aplicável “deve variar dependendo se o regime de regulação é ou não razoavelmente eficaz para endereçar a conduta anticompetitiva relevante”<sup>104</sup>.

Depreende-se, então, que os parâmetros estabelecidos sob a *implied antitrust immunities doctrine* em sua vertente discricionária – que é a que prevalece

---

<sup>101</sup> “Uma regra antitruste que busque a promoção da concorrência mas, apesar disso, interfira em controle regulatórios poderia minar os próprios objetivos para os quais as leis antitruste são desenhadas a servir. Assim, quando regimes regulatórios e concorrenciais coexistirem (...) a análise antitruste deve sensivelmente reconhecer e refletir sobre o distinto ambiente econômico e jurídico da indústria regulada em que se aplica” (*Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17, 59 USLW 2201, 1990-2 Trade Cases 69,193, §18)

<sup>102</sup> 374 U.S. 321, 350-351

<sup>103</sup> SHELANSKI, Howard A. “The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation” in *Michigan Law Review*, vol 109, p. 688.

<sup>104</sup> WEISER, Philip J. “The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era” in *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n. 04, winter 2005, p. 562.

hodiernamente – em muito se assemelham aos requisitos arrolados para incidência da *state action doctrine*, denotando uma convergência da doutrina e dos tribunais em abrigar a defesa de conduta regulada em procedimentos antitruste quando, cumulativamente, a agência reguladora tenha poderes específicos para regular a matéria e se mostre eficiente em suas funções de autoridade e supervisão.

### 3.2 Leading Cases

Recentemente, a Suprema Corte americana e o Tribunal Europeu decidiram casos paradigmáticos sobre o presente tema, valendo destacar:

#### 3.2.1 Suprema Corte Estadunidense e os Casos *Trinko* e *LinkLine*

Em *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, chamada a decidir sobre *essential facilities* no ambiente regulado de telecomunicações, em que a autoridade regulatória estadunidense se encontra dotada, pelo *Telecommunications Act* (1996), de poderes para obrigar e arbitrar as condições de compartilhamento e interconexão de redes, a Suprema Corte afastou o pleito, considerando que “a mera posse de poder de monopólio, e a concomitante cobrança de preços monopolísticos, não só não é antijurídico, mas é um importante elemento do sistema de livre mercado” e que “a posse de poder de monopólio não deverá ser julgada antijurídica a menos que seja acompanhada de um elemento de conduta anticompetitiva”<sup>105</sup>.

Com base nisso, a Corte salientou ser necessário demonstrar que o monopolista está abrindo mão de lucros imediatos para alcançar um fim anticompetitivo no futuro, além de não ter jamais fornecido a um competidor seu o serviço ou a *essential facility* anteriormente<sup>106</sup>.

Em acréscimo, e para o que realmente importa ao cerne do presente trabalho, a Corte entendeu que “reclamações de *essential facilities* devem ser negadas quando uma agência federal ou estadual tem poder *efetivo* para compelir compartilhamento e para regular o seu escopo e termos”<sup>107</sup>, asseverando que as extensas previsões da Lei de 1996 sobre acesso ao mercado e o seu escopo mais ambicioso relativamente à redução do poder de mercado dos incumbentes fazem com que seja desnecessário impor uma

---

<sup>105</sup> 540 U. S. (2004)

<sup>106</sup> Neste ponto, a Corte calcou-se no precedente *Aspen Skiing Co. v. Aspen High-lands Skiing Corp.*, 472 U. S. 585, 601 (1985).

<sup>107</sup> A Corte baseou-se, neste particular, em P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, p. 150, §773e (2003 Supp.).

doutrina antitruste de acesso forçado, redundando em sério erro conflitar os diferentes fins do ordenamento setorial e do direito da concorrência.

Ainda, argumentou que “a análise antitruste deve sempre estar sintonizada com as particulares estruturas e circunstâncias da indústria em questão. Parte desta atenção ao contexto econômico é a consciência da importância da regulação” e que “a efetiva remediação de violações ao compartilhamento regulatório irá ordinariamente requerer supervisão contínua de uma ordem altamente detalhada”<sup>108</sup>.

Logo, considerando que (i) a regulação era bem desenhada e eficaz para deter e remediar danos anticompetitivos; (ii) as agências reguladoras, federal e estadual, impuseram inúmeras condições e restrições prévias ao licenciamento de Verizon; e (iii) imediatamente após reclamações de competidoras, tomaram providências eficazes, fiscalizando, sancionando e impondo novas obrigações especiais à incumbente, inexistiria razão à intervenção antitruste.

Na mesma linha, no julgamento de *Pacific Bell Telephone Co., At&T California v. LinkLine Communications, Inc*, relativo a arguição de prática de *price squeeze* por AT&T (incumbente e competidora dos demandantes no mercado retalhista de provimento de serviços DSL), a Corte, valendo-se do precedente *Trinko*, entendeu que, inexistindo deveres de contratar acesso sob o direito antitruste, o agente econômico não possuiria deveres de negociar sob termos e condições favoráveis a seus competidores.

Consignou a Corte que, “se ambos os preços grossista e retalhista são independentemente lícitos, não há base para impor uma responsabilidade antitruste simplesmente porque o preço grossista de uma firma verticalmente integrada é maior ou igual a seus preços varejistas”<sup>109</sup>, acrescentando que as cortes antitruste são “*mal colocadas* para agir como planejadoras centrais, identificando o preço adequado, quantidade e outros termos de negociação”, afigurando-se “ainda mais perturbador o fato de as firmas que buscam evitar responsabilidade por *price squeeze* fiquem sem um porto seguro para as suas práticas de fixação de preços”.

Extraí-se daí, então, o cuidado que a Corte dispensa à relação entre os ambientes regulados e o direito antitruste quando haja uma conduta adequada e eficaz das agências em edificar a regulação, fiscalizá-la e responder a descumprimentos,

---

<sup>108</sup> Em continuação, asseverou: “Entendemos que o professor Areeda entendeu correctamente: ‘Nenhuma corte deve impor um dever de negociar que não pode explicar ou adequada e razoavelmente supervisionar. O problema deve ser considerado irremediável pelo direito antitruste quando um requerimento de acesso compulsório requer da corte que assuma um controle diário característico de uma agência reguladora’ Areeda, 58 Antitrust L. J., at 853”.

<sup>109</sup> 555 U. S. (2009).

mormente pelos efeitos deletérios que a aplicação das regras da concorrência pode causar e pela incapacidade técnica e de supervisão contínua das autoridades antitruste de lidar com questões complexas afetas a mercados regulados.

### **3.2.2 Tribunal de Justiça Europeu e os Casos *Deutsche Telekom e Telefónica*<sup>110</sup>**

*Deutsche Telekom AG v. Comissão Europeia e Vodafone D2 GmbH et al. e Telefónica, SA et al. v. Comissão Europeia e França Telecom España, SA et al.* foram casos de grande repercussão julgados pelo Tribunal Europeu envolvendo a interface entre o direito regulatório e as normas europeias de defesa da concorrência (art. 82º do Tratado<sup>111</sup>). Ambos repousam no pedido de anulação da condenação realizada pela Comissão Europeia<sup>112</sup> das incumbentes históricas da rede de telefonia alemã (*Deutsche Telekom*) e espanhola (*Telefónica*) pela prática de *price squeeze*<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> v. ainda *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, caso C-52/09, j. 17/02/2011.

<sup>111</sup> Atualmente artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

<sup>112</sup> Decisão 2003/707/EC, de 21 de Maio de 2003, nos processos COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579.

<sup>113</sup> No âmbito da União Europeia, a prática foi definida na Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no setor das telecomunicações - Enquadramento, mercados relevantes e princípios, de 22/08/1998, nos seguintes termos: “117. Quando o operador detém uma posição dominante no mercado de produtos ou serviços, uma compressão de preços pode constituir um abuso. Pode ser demonstrada a existência de uma compressão de preços se for comprovado que as operações a jusante de uma empresa em posição dominante não seriam rentáveis com base no preço a montante cobrado aos seus concorrentes por uma divisão de serviços a montante da empresa em posição dominante. A divisão não lucrativa a jusante poderia ser dissimulada se o operador em posição dominante afectasse os custos às suas operações de acesso, custos esses que deveriam ser correctamente imputados às operações a jusante, ou tivesse de outro modo indevidamente determinado os preços de transferência no âmbito da empresa. A recomendação da Comissão relativa à separação das contas no quadro da interconexão aborda esta questão, assinalando a proficuidade de contas separadas para as diferentes áreas comerciais no âmbito de um operador em posição dominante integrado verticalmente. A Comissão pode, se for caso disso, obrigar a empresa em posição dominante a apresentar contas separadas que tenham sido auditadas e que incidam sobre todos os aspectos necessários das actividades dessa empresa. No entanto, a existência de contas separadas não garante a inexistência de um abuso. A Comissão examinará, quando oportuno, os factos numa base casuística. 118. Em circunstâncias adequadas, pode ser igualmente demonstrada a existência de uma compressão de preços se for comprovado que a margem entre o preço facturado aos concorrentes no mercado a jusante (incluindo as eventuais operações a jusante do próprio operador) em matéria de acesso e o preço imputado pelo operador da rede no mercado a jusante é insuficiente para permitir a um prestador de serviços razoavelmente eficiente no mercado a jusante registar um nível de lucros normal (excepto se a empresa em posição dominante puder demonstrar que as suas operações a jusante são excepcionalmente eficientes). 119. Na presença de qualquer um destes cenários, os concorrentes no mercado a jusante defrontar-se-iam com uma «compressão de preços» susceptível de os levar a abandonar o mercado”.

Na medida em que tanto o preço grossista de acesso à rede<sup>114</sup>, quanto o preço retalhista dos serviços ofertados aos consumidores finais<sup>115</sup> se encontravam regulados pelas respectivas agências reguladoras nacionais, aduziram as incumbentes não ter havido violação às regras da concorrência, pautando-se maiormente nos fundamentos de que somente obedeceram às decisões regulatórias e, à luz dos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima, não poderiam ser sancionadas por terem cumprido a ordenação setorial.

Todavia, o Tribunal Europeu, em ambos os casos, refutou tais argumentos, salientando que “existe *margin squeeze* se as cobranças a serem pagas [ao incumbente] pelo acesso a montante [acesso ao lacete local], considerando pagamentos mensais e taxas únicas juntos, são tão altos que os competidores são forçados a cobrar seus usuários preços superiores aos preços cobrados [pelo incumbente] de seus usuários finais por serviços similares. Se preços grossistas são superiores que os preços retalhistas, os competidores, mesmo se forem pelo menos tão eficientes quanto o incumbente, não podem jamais realizar lucro, porque, além dos preços grossistas que pagam ao incumbente, arcam com outros custos como marketing, emissão de faturas, cobrança de débitos”<sup>116</sup>.

Relativamente à *Deutsche Telekom*, asseverou o Tribunal que, embora os preços grossistas tenham sido efetivamente impostos pela agência reguladora, os preços retalhistas funcionavam sob sistema *price cap*, conferindo margem de manobra ao incumbente para manipular os preços de serviços ofertados aos consumidores finais com intuito anticompetitivo. Tanto assim que, no período fiscalizado, o incumbente apresentara seis pedidos para redução substancial de preços retalhistas abaixo do limite

---

<sup>114</sup> Sob o parágrafo 25(1) do Telekommunikationsgesetz (Lei alemã das Telecomunicações – TKG), o preço para acesso ao local loop (lace local) do incumbente deve ser previamente aprovado pelo Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (autoridade reguladora alemã para as telecomunicações – “RegTP”). Em Espanha, um despacho de 29 de dezembro de 2000 do Ministério da Presidência espanhol determinou o caráter máximo dos preços para o produto grossista regional.

<sup>115</sup> O preço retalhista para linhas analógicas e digitais encontravam-se regulados sob o sistema *price cap*. Sob o ponto 2 do parágrafo 27(1) e parágrafo 25(1) do TKG, preços de retilhado para conexão à rede do operador e para ligações telefônicas não são regulados separadamente por cada serviço, de acordo com o custo individual do serviço; são regulados por um bloco de serviços em determinado momento, com diferentes serviços sendo agrupados em cestas. Em Espanha, a CTM (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), agência reguladora espanhola, fixou como base para o cálculo do preço retalhista o mecanismo *retail minus*, tornando fixos os preços praticados pelo menos entre março de 2004 e dezembro de 2006.

<sup>116</sup> T-271/03, § 102. Ver, também, T-398/07, § 194, relativamente ao caso Telefónica.

máximo (*cap*) regulado, “indo muito além das reduções mandatórias”<sup>117</sup> exaradas pela agência reguladora e, portanto, comprimindo a margem de seus competidores.

E, quanto à Telefónica, entendeu o Tribunal que os preços retalhistas haviam se mantido em patamares fixos durante o período considerado, mas os preços grossistas haviam sido fixados em patamares máximos, praticando, a Telefónica, preços que, malgrado abaixo do *cap*, eram superiores aos custos efetivos incorridos pela empresa no mercado grossista, impedindo que seus competidores fornecessem serviços no mercado retalhista a preços competitivos <sup>118</sup>.

Dessa maneira, a Corte, argumentando, ainda, que (i) os artigos 81 e 82 do Tratado somente podem ser desaplicados se a legislação nacional expressamente obrigar empresas a realizarem condutas anticompetitivas ou eliminar qualquer possibilidade de atividade competitiva pelas mesmas<sup>119</sup> – *i.e.*, reduzir completamente a possibilidade de determinarem os seus próprios atos –; (ii) se a legislação nacional meramente encoraja ou torna mais fácil para empresas se engajarem em condutas anticompetitivas autônomas, inexistente isenção às regras do Tratado<sup>120</sup>; e (iii) a legislação nacional não pode pôr em questão a divisão de competências estabelecidas em nível de lei primária pelos artigos 83 e 85 do Tratado<sup>121</sup>, condenou ambas as empresas sob as leis antitruste<sup>122</sup>.

---

<sup>117</sup> C-280/08 P, § 19.

<sup>118</sup> T-398/07, §§ 332 a 335.

<sup>119</sup> C-280/08 P, §§ 80 e 81, cf. precedentes julgados em C-359/95 P e C-379/95 P *Commission and France v Ladbroke Racing* [1997] ECR I-6265, §§ 33 e 34, e 41/83 *Italy v Commission* [1985] ECR 873, § 19; 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82 *Stichting Sigarettenindustrie and Others v Commission* [1985] ECR 3831, §§ 27 to 29; e C-198/01 *CIF* [2003] ECR I-8055, § 67.

<sup>120</sup> C-280/08 P, § 82, cf. precedentes 40/73 to 48/73, 50/73, 54/73 to 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73 *Suiker Unie and Others v Commission* [1975] ECR 1663, §§36 to 73, e *CIF*, § 56.

<sup>121</sup> T-398/07, §§ 120 a 122.

<sup>122</sup> A Autoridade da Concorrência de Portugal chegou a conclusão análoga no caso PT Telecom de 2008 (processo nº 5/2003). Na hipótese, Portugal Telecom havia proposto preços de acesso ao ICP (hoje ICP-ANACOM, autoridade regulatória do setor das telecomunicações) que foram praticados sem oposição da agência. Os preços de retalho eram fixados de acordo com as regras de mercado. No curso do processo antitruste foi comprovado que os preços grossistas no âmbito do mercado de banda larga praticados pelo Grupo PT Telecom para empresas deste mesmo grupo (que, à época, incluía ZON) eram inferiores aos preços impostos a empresas não pertencentes ao grupo e que a diferença entre os preços grossistas e retalhistas da empresa caracterizavam compressão de margens, culminando na redução da parcela de mercado dos seus concorrentes de 36% para 19% e no aumento de 193% da PT Telecom em novos clientes. Por isso, PT Telecom e ZON foram condenadas, com base na legislação nacional e no artigo 82 do Tratado da EU, a pagar coimas de € 45.016.000,00 e € 8.046.000, respectivamente. É importante ressaltar, porém, que Autoridade da Concorrência e agência reguladora cooperaram sobremaneira neste caso, vindo a condenação a ser efetivada após a revisão, por ICP-ANACOM, dos preços grossistas praticados por PT Telecom (v. <http://www.anacom.pt/template31.jsp?categoryId=257562>).

### 3.2.3 *Balanço Crítico*

Os resultados a que chegou o Tribunal Europeu divergem substancialmente da orientação assentada pela Suprema Corte estadunidense relativamente às mesmas questões controvertidas, o que nos parece ser justificado, em certa extensão, pelo fato de haver duas peculiaridades no âmbito da União Europeia que inexistem no cenário norte-americano.

Em primeiro lugar, o fato de as recém-criadas agências reguladoras dos países-membros da União Europeia possuírem, à época dos julgamentos, pouca maturidade institucional e não se mostrarem tão eficientes e diligentes quanto as maduras agências estadunidenses no trato com os agentes regulados. Isto levou a que as medidas regulatórias adotadas no âmbito dos países-membros da União Europeia para redução do poder de mercado dos incumbentes tradicionais não fossem suficientemente eficazes para garantir um ambiente competitivo adequado e resguardar o bem-estar dos cidadãos europeus<sup>123</sup>, impondo, conseqüentemente, uma atuação *ex post* da Comissão e dos Tribunais Europeus com base na legislação antitruste para corrigir ineficiências.

Em segundo lugar, a particularidade de todos os países-membros estarem submetidos às regras do Tratado, obrigando a que as legislações nacionais (incluindo os ordenamentos setoriais) não só não desrespeitem, como sejam orientadas para realizar regras antitruste naquele previstos<sup>124</sup>.

Neste particular, contudo, entendemos que o controle póstumo da Comissão não pode levar ao esvaziamento material das competências outorgadas às agências reguladoras nacionais, tampouco à hierarquização do direito antitruste frente às normas regulatórias.

Esta ressalva se mostra necessária porque, no julgamento *Telefónica*, a Comissão e o Tribunal apresentaram forte tendência em desabonar as decisões do regulador setorial para fazer prevalecer os seus próprios entendimentos e critérios sobre matérias de ordem técnica<sup>125</sup>, consignando, de forma irrestrita, que “o facto de a decisão

---

<sup>123</sup> No caso *Telefónica*, por exemplo, “a CMT afirmou, em várias ocasiões, que não dispunha de certas informações necessárias para proceder à análise da compressão tarifária das margens relativa aos preços da *Telefónica* para o acesso grossista e de retalho à banda larga ao nível regional” (T-398/07, § 302)

<sup>124</sup> À exceção prevista no Tratado relativamente às previsões de serviços de interesse económico geral.

<sup>125</sup> “O modelo de custos utilizados pela CMT nas suas decisões *ex ante* que tinha por objetivo comprovar a inexistência de uma compressão tarifária das margens também não era adequado, para efeitos de aplicação do artigo 82.º CE, uma vez que, por um lado, não se baseava em estimativas recentes no respeitante aos custos históricos da *Telefónica*, mas sim em estimativas realizadas por consultores

impugnada dizer respeito a produtos e serviços regulamentados não é relevante. Com efeito, não existindo uma exceção expressa nesse sentido, o direito da concorrência é aplicável aos setores regulamentados”<sup>126</sup>.

Conforme já expusemos, os próprios fundamentos que ensejaram a criação das agências reguladoras impõem que, na relação entre direito antitruste e direito regulatório, seja prestada deferência às singularidades dos mercados regulados e às capacidades e às missões institucionais das agências reguladoras, não se podendo substituir pela mesma lógica concorrencial aplicável a setores maduros, que se desenvolvem em sistema de livre mercado, a regulação de setores cuja concorrência esteja, ainda, em construção e cujo estreito liame com interesses públicos primários impeçam uma ordenação puramente econômica.

Sendo assim, entendemos que, se as regras regulatórias se mostrarem plausíveis e razoáveis e, as entidades incumbidas de sua edição e fiscalização, razoavelmente eficientes na persecução dos fins que lhes foram confiados, deverão as autoridades de defesa da concorrência – a níveis nacional ou europeu – prestar deferência às soluções regulatórias, conforme o modelo discricionário da *implied antitrust immunities doctrine*.

#### **4. Coordenação e Complementaridade de Funções: alguns parâmetros para a harmoniosa incidência do direito da concorrência em ambientes regulados.**

Agências reguladoras e autoridades da concorrência possuem, ambas, segundo analisado no curso do presente, características que as tornam, ao mesmo tempo, favoráveis e desfavoráveis para implementarem os diferentes níveis da ordenação econômica. Por este motivo, não se afigura, em regra, adequada ou desejável a substituição ou supressão absoluta de uma esfera ordinatória por outra.

As competências outorgadas a uma e outra entidade, por conseguinte, devem ser interpretadas como sendo complementares, afigurando-se imprescindível, para mitigar conflitos e alcançar melhores níveis de competição e bem-estar social, criar mecanismos para colaboração entre agências reguladoras e autoridades de defesa da concorrência e harmonizar o exercício concomitante de suas competências.

---

externos com base em informações prestadas pela sociedade em outubro de 2001, e, por outro, o modelo de custos dos referidos consultores tinha subestimado os custos adicionais da rede a jusante da Telefónica e não teve em conta as despesas de promoção desta última” (T-398/07, § 303). Ver, ainda, Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações - Enquadramento, mercados relevantes e princípios, de 22/08/1998.

<sup>126</sup> T-398/07, § 339.



Um importante expediente para consecução destes objetivos é a submissão dos projetos de regras e decisões regulatórias que tenham o potencial de afetar diretamente a concorrência a prévio teste pelas autoridades da concorrência<sup>127</sup>, a fim de que estas, valendo-se de sua experiência e da maior isenção relativamente aos interesses egoísticos dos agentes regulados, participem do processo e manifestem sua opinião técnica acerca da adequação e eficácia da medida. Além de, em paralelo, viabilizar a participação e a manifestação das agências em processos antitruste que envolvam agentes regulados e/ou matérias sujeitas à competência regulatória.

Outro possível meio é a celebração de acordos de cooperação entre agências reguladoras e autoridades antitruste. Tal instrumento pode estabelecer uma divisão de tarefas<sup>128</sup> e critérios para incidência de imunidades antitruste em setores regulados, bem como prever que, diante de situações em que os atos regulatórios tenham o condão de afetar a esfera concorrencial e vice-versa, sejam cumpridos mecanismos de prévias notificações recíprocas, de intervenção, manifestação e acompanhamento das respectivas autoridades, de troca de dados e informações relevantes e de encaminhamento de denúncias de práticas ilegais da competência de uma a outra.

Medidas eficazes, ainda, são a realização de “reuniões periódicas ou a adoção, em conjunto, de regras de boas práticas ou códigos de conduta, que as empresas devem conhecer e sobre os quais, desejavelmente, se tenham pronunciado”<sup>129</sup> ou a criação de fóruns de reguladores, dos quais participem autoridades setoriais e da concorrência, para mantê-las em regular contato, harmonizar interpretações e fortalecer sua cooperação e coordenação<sup>130</sup>.

Na prática, por exemplo, a legislação antitruste e a lei das telecomunicações portuguesas – Leis nº 19/2012<sup>131</sup> e nº 5/2004<sup>132</sup> – prevêem a celebração de acordos de cooperação e notificações recíprocas entre as esferas institucionais, além de mecanismos específicos (*e.g.* solicitação, pela autoridade da concorrência, de pareceres

---

<sup>127</sup> A Diretiva 2002/21/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, conforme emendada pela Directiva 2009/140, Art. 7, 7a e 16(1), prevê mecanismo análogo, estabelecendo o direito de as autoridades da concorrência se manifestarem e contemplarem os reguladores com comentários ou relatórios técnicos, participarem nas audiências públicas realizadas pelas agências e solicitar opções alternativas. Além disso, em determinadas hipóteses, as autoridades reguladoras devem se submeter a prévia análise da Comissão para possível veto por violação ao Tratado.

<sup>128</sup> OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011, p. 12.

<sup>129</sup> VILAÇA, José Luís da Cruz. Paper “Regulação e Concorrência”, p. 6. Disponível em: [www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/jlcv\\_MA\\_4003.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jlcv_MA_4003.doc).

<sup>130</sup> OECD. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011, p. 8.

<sup>131</sup> v. artigos 5º (4); 17º (3); 35º e 55º.

<sup>132</sup> v. artigos 5º (3) e (10); 6º (1); 7º (2) a (4); 61º e 112º.

prévios à autoridades reguladora sobre matérias de sua competência e vice-versa) para uma atuação complementar e harmoniosa. Em Inglaterra, França e Alemanha, o legislador nacional previu, também, mecanismos para garantir a consulta e coordenação entre agências e autoridades da concorrência nacionais<sup>133</sup>, denotando uma evolução dos ordenamentos jurídicos no trato da interface entre ambas entidades.

Portanto, agências reguladoras e autoridades da concorrência devem trabalhar de forma coordenada, garantindo a harmonização de interpretações e de soluções de situações afetas concomitantemente ao direito concorrencial e ao direito regulatório.

## 5. Conclusão

Pelo exposto, podemos sintetizar nossas conclusões na assertiva de que, tal como as agências reguladoras têm o dever de incentivar e preservar a concorrência em setores regulados, obrando para impedir e/ou sanar abusos por partes dos agentes econômicos dominantes, as autoridades da concorrência devem prestar deferência às decisões regulatórias, cuidando para que as políticas públicas (de cunho econômico ou social) desenvolvidas no ambiente regulado não se tornem inócuas ou gravemente desvirtuadas pela incidência imponderada da lógica concorrencial.

Em setores cuja concorrência encontra-se, ainda, em construção e desenvolvimento, entendemos que as normas antitruste não-de ser aplicadas com parcimônia, somente se os mecanismos adotados pelo regulador se mostrarem irrazoáveis e/ou se, na prática, as agências não se mostrarem capazes, diligentes ou eficazes na correção dos desequilíbrios e falhas de mercado. Incumbe, então, às autoridades da concorrência, verificar as peculiaridades do setor regulado em cada caso concreto e proceder à análise de custo-benefício dos efeitos que a fiscalização antitruste pode gerar aos mercados regulados.

Em qualquer caso, é recomendável não só que haja regras prévias para cooperação de agências reguladoras e autoridades da concorrência, como que atuem tais entidades de forma conjunta em casos de conflitos positivos de competência, conferindo unicidade e harmonia ao ordenamento e maior estabilidade e segurança aos agentes econômicos.

## 6. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Serviços Públicos e Concorrência". in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, 2005. Disponível em:

---

<sup>133</sup> LAROUCHE, Pierre. *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 292.

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE20ARAG%C3O.pdf>.

ARMSTRONG, Mark. “Telecommunications” in HELM, Dieter; JENKINSON, Tim [Coord.]. *Competition in Regulated Industries*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BAGATIN, Andreia Cristina. *Price Squeeze e os Mercados Recém-Liberalizados*. Separata do Boletim de Ciências Económicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

BAKER, Donald I.; JESSON, Edward A. “Adam Smith, Modern Networks and the Growing Need for Antitrust Rationality on Competitor Cooperation” in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, nº 6, abr/jun 2011.

BARNES, Ford. “Regulating Telecommunications” in HELM, Dieter; JENKINSON, Tim [Coord.]. *Competition in Regulated Industries*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BERETTA, Matteo; SIRAGUSA, Mario. “La Dottrina delle essential facilities nel Diritto Comunitario ed Italiano della Concorrenza” in *Contrato e Impresa/Europa.*, vol. 1, n. 1, ano IV, jan/jun 1999.

BLAIR, Roger D.; PIETTE, Christine A. “The interface of antitrust and regulation: Trinko” in *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n. 04, winter 2005.

BOUCKAERT, Jan; VERBOVEN, Frank. “Price Squeeze in a Regulatory Environment” in *Research Report 0345 of the Department Toegepaste Economische Wetenschappen*. Disponível em:  
[www.encore.nl/documents/PriceSqueezesinareregulatoryenvironmentFinal\\_Bouckaert.pdf](http://www.encore.nl/documents/PriceSqueezesinareregulatoryenvironmentFinal_Bouckaert.pdf).

BRENNER, Daniel L. *Law and Regulation of Common Carriers in the Communications Industry*. Boulder-San Francisco-Oxford: Westview Press, 1992.

BRUNO, Sergio. “Riferimenti e Modelli per le Scelte Strategiche nelle Telecomunicazione” in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, Università Cattolica di Milano, ano XCIX, n. 1, gen/mar 1991.

CALVETE, Victor. “As Semelhanças e as Diferenças: Regulação, Concorrência e All that Jazz” in *Revista Julgar*, n. 9, set/dez 2009.

\_\_\_\_\_. “Entidades Administrativas Independentes: Smoke & Mirrors” in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, nºs 7/8, jul/dez 2011.

CAMACHO, Cristina. “O Sistema de Competências Paralelas e o Princípio do ‘Non Bis in Idem’” in *Revista de Concorrência e Regulação*., ano I, nº 3, jul/set 2010.

CONFRARIA, João. “Regulação dos Sectores das Comunicações e Energético” in CEEP – Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral [Org.]. *Conferência de Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral, realizada em Lisboa em 15 de Outubro de 2001*.

\_\_\_\_\_. “Falhas do Estado e Regulação Independente” in *Revista de Concorrência e Regulação*., ano I, nº 3, jul/set 2010.

COSTA, Andrea. “Standard Tecnici, Potere di Mercato e Innovazione nelle Telecomunicazione in Europa” in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, Università Cattolica di Milano, ano XCIX, n. 1, gen/mar 1991.

CROCIONI, Pietro; VELJANOVSKI Cento. “Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law” in *Journal of Network Industries*, vol. 4, n. 1, 2003. Disponível em: <http://www.casecon.com/data/pdfs/pricesqueeze.pdf>.

DERANI, Cristiane. *Privatizações e Serviços Públicos*. As Ações do Estado na Produção Económica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

EISENACH, Jeffrey A.; CAVES, Kevin W. “The Effects of Regulation on Economies of Scale and Scope in TV Broadcasting” in *Social Science Research Network*, jun 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1894941>.

ERG – European Regulators Group. *Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework*, 2006. Disponível em: <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Publication.2408.html>.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial (as Telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FERREIRA, Eduardo Paz. “Em Torno da Regulação Económica em Tempos de Mudança” in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I. nº 1. jan/mar 2010.

FERRÃO, Maria Caetano. “As Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação Económica e a Dualidade de Jurisdições. Breves Notas” in *Revista O Direito*, ano 139, 2007, III.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. “Os novos campos da regulação” in *Revista de Direito Público da Economia*, n. 10, Belo Horizonte: Ed. Fórum, abr/mai/jun 2005.

FREUND, Natascha; RUHLE, Ernst-Olav. “The evolution from sectorspecific regulation towards competition law in EU telecom markets from 1997 to 2011: Different effects in practical implementation” in *22nd European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS2011)*, Budapest, 18 - 21 September, 2011: Innovative ICT Applications - Emerging Regulatory, Economic and Policy Issues. Disponível em <http://hdl.handle.net/10419/52208>.

GARCÍA-MORATO, Lúcia; ORTIZ, Gaspar Ariño. *La Competência em Sectores Regulados. Regulación Empresarial y Mercado de Empresas*. Granada: Comares, 2003.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados: Fusiones y Adquisiciones, Control de Empresas y Poder Político*. Granada: Comares, 2001.

GERADIN, Damien; O’DONOGHUE, Robert. “The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector” in *GCLC Working Paper 04/05*. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=671804](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=671804).

GONÇALVES, Pedro António Pimenta Costa. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo Mailló; PÉREZ, José Maria Beneyto [Coord.]. *Regulación y Competencia en Telecomunicaciones*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

GORINSON, Stanley. "Overview: Essential Facilities and Regulation" in *Antitrust Law Journal*, vol. 58, nº 3, 1989. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40843142>.

GOYDER, D.G.. *EC Competition Law*. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GRETEL – Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones. *Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual y Internet*. Madrid: Ed. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 1998.

HAY, George A. "Trinko: Going all the way" in *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n. 04, winter 2005.

ICN – International Competition Network. *Report to the Fourth ICN Annual Conference*, 2004.

JABLON, Robert A; *et alii*. "Dispelling myths: A real world perspective on Trinko" in *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n. 04, winter 2005.

JONES, Paul. "The rise and fall of American antitrust? An international perspective on Trinko and the regulation of knowledge economy" in *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n. 04, winter 2005.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. "Network Externalities, Competition, and Compatibility" in *The American Economic Review*, vol. 75, n. 3, jun 1985. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=00028282%28198506%2975%3A3%3C424%3ANEACAC%3E2.0.CO%3B2-M>.

KNIEPS, Günter. "Phasing out Sector-Specific Regulation in Competitive Telecommunications" in *Revista Kyklos*, vol. 50, fasc. 3, 1997.

LAROUCHE, Pierre. *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

LEITE, António Nogueira. "Funcionamento dos Mercados e Regulação" in *A Regulação em Portugal*. Lisboa: Entidade do Sector Eléctrico, 2000.

LEPINETTE, Tomás Vázquez. *La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*. Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

LOCKWOOD, Aaron J. "The Primary Jurisdiction Doctrine: Competing Standards of Appellate Review" in *64 Washington and Lee University Law Review*, 707, 2007. Disponível em: <http://law.wlu.edu/deptimages/Law%20Review/64-2LockwoodNote.pdf>.

LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009.

LÜCKING, Joachim. "Presumed margin squeeze for broadband access in Germany: settlement with Deutsche Telekom" in *Competition Policy Newsletter*, n. 3, autumn 2004. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2004\\_3\\_11.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2004_3_11.pdf).

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. *Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARTINS, Vítor. "Regulação e Política Anti-trust na União Européia" in CEEP – Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral [Org.]. *Conferência de Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral, realizada em Lisboa em 15 de Outubro de 2001*.

MASON, Robin; VALLETTI, Tommaso M. "Competition in Communication Networks: Pricing and Regulation" in *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 17, n. 03, 2001.

MONIZ, Carlos Botelho. "Regulação e Política Anti-trust na União Européia" in CEEP – Centro Europeu das Empresas com Participação Pública e/ou de Interesse Económico Geral [Org.]. *Conferência de Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral, realizada em Lisboa em 15 de Outubro de 2001*.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MÜLLER, Jürgen. "The European Internal Market for Telecommunications" in *European Economic Review*, vol. 35, nºs 2 e 3, april 1991.

NABO, Francisco Murteira. “Telecomunicações: os Novos Paradigmas de Negócio” in *Revista O Economista*. Anuário da Economia Portuguesa, 1999.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência (Compartilhamento de Infra-estruturas e Redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

NIKOLINAKOS, Nikos Th. “Promoting competition in the local access network: local loop unbundling” in *European Competition Law Review*, 22(7), 2001.

NUCHELMANS, Didier. “Privatisation, et Mécanismes du Marché le Secteur des Télécommunications: Dérégulation... Rerégulation?” in *Revue Internationale de Droit Economique*, n. 2, 1992.

NÚÑEZ, Pilar Sánchez; FUSTER, Luis Berenguer. “Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia” in *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, nº 37, 1997. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=274429>.

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. *Report on The Essential Facilities Concept*, 1996. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/1920021.pdf>

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. *Report on Relationship between Regulators and Competition Authorities*, 1998. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/liberalisationandcompetitioninterventioninregulatedsectors/1920556.pdf>.

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. *Report on Regulated Conduct Defence*, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/liberalisationandcompetitioninterventioninregulatedsectors/48606639.pdf>.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *La Regulacion Económica: teoria y práctica de la regulación para competència*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

\_\_\_\_\_. *Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. 3 ed. Granada: Comares, 2004.

PARMIGGIANI, Federica. “Il lento Processo di Liberalizzazione della Telefonia in Italia” in *Contratto e Impresa/Europa*, vol. 1, n. 1, ano IV, jan/jun 1999.



PAZ, José Carlos Laguna de. “Liberalización y Neorregulación de las Telecomunicaciones en el Derecho Comunitario” in *Revista Española de Derecho Administrativo* – REDA, Civitas, n. 88, oct/dic 1995.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. “Contratos de Telecomunicações: Aspectos Jurídico-Contratuais da Regulação das Telecomunicações” in *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual* – ABPI, n. 71, jul/ago 2004.

PERROT, Anne. “Les Frontières entre Régulation Sectorielle et Politique de la Concurrence” in *Problèmes Économiques*, n. 2.797, fev/2003.

PERSOON, Ulrika. *The Assessment of Dominance and Significant Market Power in Mobile Communications; an Analysis of the Interrelationship between Sector Specific Regulation and General Competition Law*. Disponível em: [http://www.kkv.se/upload/Filer/Forskare-studenter/ uppsatser/2005/uppsats2005\\_Persson.pdf](http://www.kkv.se/upload/Filer/Forskare-studenter/ uppsatser/2005/uppsats2005_Persson.pdf).

PONTAROLLO, E. “Innovazione Tecnologica, Concorrenza e Monopolio: dai Modelli Teorici ai Case Studies” in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, Università Cattolica di Milano, ano XCIX, n. 1, gen/mar 1991.

POSNER, Richard A. “Natural Monopoly and Its Regulation” in *Stanford Law Review*, vol. 21, n. 3, fev 1969.

POSSAS, Mário Luiz. “Regulação de acesso, integração vertical e práticas anticompetitivas: o caso das telecomunicações no Brasil” in MATTOS, César [coord.] *A Revolução do Antitruste no Brasil 2. A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2008.

ROWLEY, Keith A., “Immunity from Regulatory Price Squeeze Claims: From Keogh, Parker, and Noerr to Town of Concord and Beyond” in *Scholarly Works*. Paper 552. Disponível em: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/552>.

RUBIN, Jonathan L. “The truth about Trinko” in *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n. 04, winter 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Setor de Telecomunicações: Definição de Mercado” in *Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SÁNCHEZ, Rafael Caballero. *Infraestructuras en Red y Liberalización de Servicios Públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 2003.

SANTACRUZ, Ruy. “Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados” in *Revista Arché: interdisciplinar*, vol. 10, n.º 29, 2001.

SANTOS, António Pedro. “Comentário da Jurisprudência da União Européia. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C-52/09 – TeliaSonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)” in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, nº 5, jun/mar 2011.

SEABRA, Carmo; LEITE, António P. N.; LUCENA, Diogo. *The Design of Regulatory Institutions in Public Utilities in Portugal. The case of Telecommunications, Electricity and Gas*. Faculdade de Economia. Universidade Nova de Lisboa, 1994.

SHELANSKI, Howard A. “The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation” in *Michigan Law Review*, vol 109, p. 688. Disponível em <http://www.michiganlawreview.org/assets/pdfs/109/5/shelanski.pdf>.

SILVA, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008.

SOULIÉ, Daniel. “Droits de Propriété, Déréglementation et Reréglementation” in *Revue Internationale de Droit Economique*, n. 2, 1992.

SPIWAK, Lawrence J. “Is the Price Squeeze Doctrine still Viable in Fully-Regulated energy Markets?” in *Federal Energy Law Journal*, vol. 14, n. 75, 1993. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=607721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=607721).

UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development. “Best Practices for Defining Respective Competences and Settling of Cases which Involve Joint Action of Competition Authorities and Regulatory Bodies” in *Fifth United Nations Conference to Review all Aspects of Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*. Antalya, Turkey, 14–18 November 2005. Disponível em: [http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf6d13\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf6d13_en.pdf).

UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development. “Model Law on Competition - Chapter VII” in *Sixth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*. Geneva, 8–12 November 2010. Disponível em: [http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L7\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L7_en.pdf).

VICKERS, John. “Regulation, Competition and the Structure of Prices” in HELM, Dieter; JENKINSON, Tim [Coord.]. *Competition in Regulated Industries*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

VILAÇA, José Luís da Cruz. Paper “Regulação e Concorrência”. Disponível em: [www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/jlcv\\_MA\\_4003.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jlcv_MA_4003.doc).

WEISER, Philip J. “The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era” in *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n. 04, winter 2005.

