

ENTRE EFICIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NOS PAÍSES EM VIAS DE DESENVOLVIMENTO*

Lúcio Tomé Feteira

ABSTRACT: The present article espouses the idea that there is no such thing as a “one size fits all” solution for the design and implementation of competition law in developing countries. In that light, the successful application of competition law in developing countries hinges on a number of specific factors that, although not exclusive to such jurisdictions, are found in greater abundance in developing countries. While recognising that developing countries are afflicted by particular concerns that should not be ignored by competition law, this article pleads in favour of introducing specific adjustments rather than turning competition law into a blunt and rather ineffective development tool.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A Globalização do DdC (e os seus descontentes). 2.1. O consenso de Washington e a expansão do DdC. 2.2. Críticas à expansão do DdC. 2.3. O déficit de aplicação do DdC. III. Os Países em Vias de Desenvolvimento e o DdC. 3.1. Os países em vias de desenvolvimento. 3.2. Função do DdC nos países em vias de desenvolvimento. IV. Perspetiva Interna (i): Configuração (*Design*) do DdC. 4.1. Introdução. 4.2. Configuração (*Design*) das normas jusconcorrenciais. V. Perspetiva Interna (ii): Implementação (*Enforcement*) do DdC. 5.1. Considerações gerais sobre a implementação do DdC. 5.2. Arquitetura institucional: os diferentes modelos institucionais. 5.3. Garantias no desempenho das funções. 5.4. O papel da ENDC na *competition advocacy*. VI. Perspetiva Externa: os Limites à Eficácia do DdC. 6.1 Introdução. 6.2. As tentativas de criação de um DdC global. VII. Conclusão.

* O presente artigo corresponde à adaptação do relatório apresentado no âmbito do programa de pós-doutoramento na especialidade de ciências jurídico-económicas levado a cabo durante o ano académico 2013/2014 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sob a orientação do Prof. Doutor Luís D. S. Morais. Os elementos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários referidos no texto encontram-se atualizados à data de 31 de dezembro de 2014, constituindo a mesma data o termo de referência para a interrupção da investigação. Atenta a dimensão do relatório optou-se por incluir a listagem da principal bibliografia utilizada, podendo as demais referências ser obtidas junto do autor através do endereço de e-mail lucio.feteira@fd.unl.pt

I. INTRODUÇÃO

Independentemente da posição que se tome relativamente à adequação do sistema de defesa da concorrência vigente nos EUA e na UE à realidade dos países em vias de desenvolvimento, o *antitrust* norte-americano e o Direito da Concorrência (DdC) europeu permanecem pontos de referência incontornáveis. Além do seu papel enquanto modelos inspiradores das legislações de defesa da concorrência, aspeto mais frequentemente referido pela literatura, as experiências norte-americana e europeia são igualmente valiosas a, pelo menos, três outros títulos que cumpre meramente enunciar a título introdutório.

Desde logo, a discussão sobre os desafios à configuração e implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento justifica-se, *de jure condendo*¹, na medida em que da adoção e aplicação de normas de defesa da concorrência resultem benefícios para estes países. Ainda que se possa discutir a sua natureza e, porventura com maior pertinência, o horizonte temporal em que esses benefícios surtirão efeitos palpáveis, a premissa subjacente à discussão é a de que o DdC pode ter um contributo positivo a dar aos países em vias de desenvolvimento, contributo esse que passa necessariamente pelo aspeto económico mas que, segundo se crê, se projeta igualmente numa dimensão mais lata de promoção e tutela da liberdade económica individual. Ainda que este último aspeto não seja frequente invocado na literatura que se tem ocupado do tema, a sua pertinência encontra um paralelo histórico nas raízes intelectuais do *antitrust* nos EUA² e do DdC na Europa³, embora tal não dispense uma reflexão autónoma em sede de países em vias de desenvolvimento. A correlação entre liberdade política e liberdade económica (e o papel do DdC na tutela desta última), aliada ao facto de o DdC não dever ser indiferente às consequências da concentração do poder económico⁴, mormente em razão das transferências de riqueza resultantes de comportamentos restritivos da concorrência⁵, não se

1 *De jure condito* a questão muitas vezes não se coloca na medida em que a adoção de um regime de defesa da concorrência resulta da vinculação dos Estados a obrigações assumidas no âmbito de acordos e tratados internacionais, como tem sucedido amiúde com os países em vias de desenvolvimento.

2 Sobre este ponto ver, em geral, Peritz, 2008: 10. Para uma visão global do desenvolvimento do DdC nos EUA, ver Morais, 2009a: 59 ss.

3 Nesta matéria é incontornável a referência ao pensamento Ordoliberal. Sobre a matéria, ver por todos Gerber, 1998; e também Patel & Schweitzer, 2013.

4 Embora a dispersão do poder económico não seja – ou não deva ser – por si só um objetivo do DdC, as consequências associadas à concentração do poder económico não devem ser ignoradas pelo DdC.

5 Sobre o papel deste aspeto no contexto da aprovação do *Sherman Antitrust Act*, ver Morais, 2009a: 69.

afiguram despiciendas no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Com efeito, estes exibem um conjunto de características comuns (elevados índices de pobreza, acentuadas assimetrias sócio-económicas, consideráveis níveis de concentração económica, dimensão da economia informal, etc.) que agravam o impacto das restrições da concorrência e que conferem particular relevo à interação entre a liberdade política e a liberdade económica individual. Em concreto, pretende-se aludir à circunstância de a tutela da liberdade económica ser não apenas portadora de um conjunto de benefícios económicos imediatos (acréscimos de bem-estar para os consumidores e para a sociedade em geral) e mediatos (crescimento económico, maior competitividade, diminuição da taxa de desemprego, redistribuição da riqueza) indispensáveis ao exercício da liberdade individual⁶, mas poder também contribuir decisivamente para a promoção da mobilidade económica dos indivíduos no seio da sociedade em que se inserem e para a sua emancipação (*empowerment*) através de uma efetiva participação na vida económica⁷.

A experiência europeia evidencia, além da estreita ligação entre a defesa da concorrência e a tutela da liberdade económica individual, dois outros aspetos que se julga de relevo para os países em vias de desenvolvimento. O primeiro remonta à experiência histórica que constituiu a tentativa falhada de moldar o DdC alemão do pós-guerra à imagem e semelhança do *antitrust* norte-americano⁸, cuja referência nesta sede serve para corroborar a ideia transversal da inexistência de um modelo único de DdC (neste particular, *'one size [does not] fit all'*) e alertar para os riscos inerentes a qualquer tentativa de 'exportar' em bloco o DdC dos países desenvolvidos sem atender a particularismos do contexto político, sócio-económico e cultural dos países destinatários. O segundo prende-se com o papel do projeto europeu – o qual, recorde-se, começou por ser um projeto de integração económica – na implantação e consolidação do DdC na Europa, papel esse que é a vários títulos irreproduzível mas do qual se retiram, julga-se, algumas ilações úteis para os desa-

6 Como bem refere Stiglitz, 2001: “[s]trong competition policy is not just a luxury to be enjoyed by rich countries, but a real necessity for those striving to create democratic market economies”. Já os estudos empíricos sobre o papel do DdC nos processos de democratização apontam para a sua relevância *indireta* através da elevação do nível de vida das populações; sobre este ponto, ver o estudo empírico de Petersen, 2013: 593-636.

7 Neste sentido ver, por exemplo, Drexler, 2012: 249-251 e Fox, 2012: 280-286.

8 Sobre esta tentativa gorada e a tumultuosa pré-história da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), ver Murach-Brand, 2004. Noutro quadrante geográfico, refira-se a tentativa de implantação do *antitrust* no Japão do pós-guerra; sobre o assunto ver, por exemplo, Gerber, 2010: 143-151.

fios que os países em vias de desenvolvimento enfrentam na configuração e implementação de um sistema de defesa da concorrência, mormente no que respeita às potencialidades oferecidas por projetos de integração económica regional para a introdução de regras de defesa da concorrência de âmbito supranacional que permitam superar algumas das fragilidades inerentes ao DdC de âmbito nacional⁹.

Feita esta introdução, o objetivo do presente artigo é retomar e aprofundar reflexões iniciadas noutra sede¹⁰, visando com isso ensaiar uma abordagem mais abrangente à temática da aplicação do DdC nos países em vias de desenvolvimento a partir de dois eixos: o da configuração (*design*) e o da implementação (*enforcement*) das normas de DdC no contexto dos países em vias de desenvolvimento. De entre as possíveis abordagens ao tema, optou-se por uma abordagem uma análise macroscópica e jurídico-económica do DdC nos países em vias de desenvolvimento – em alternativa ao estudo aprofundado de alguns exemplos (*case studies*) – por se julgar que esta opção, ainda que não isenta de riscos, proporciona uma reflexão mais abrangente – e tanto quanto se conhece inédita no panorama da literatura jurídica nacional – dos problemas fundamentais do DdC nos países em vias de desenvolvimento.

A globalização do DdC, ou seja, a expansão sem precedentes do número de regimes de defesa da concorrência ocorrida a partir da segunda metade da década de oitenta do século passado, constitui o ponto de partida – e de certo modo a justificação – da investigação que suporta o presente artigo (§ 2). Com efeito, foi com a expansão do DdC que numerosos países em vias de desenvolvimento se viram pela primeira vez confrontados com o desafio de introduzir nos respetivos ordenamentos jurídicos normas de defesa da concorrência e de se dotarem de uma estrutura institucional – na maior parte dos casos criada *ex novo* – apta a aplicá-las. Por outro lado, a generalização do DdC ocorre num contexto mais vasto de implementação de um conjunto de políticas económicas, financeiras e fiscais vulgarmente designado como *consenso de Washington* (secção 2.1). Circunstancialismos vários ditaram que a

9 Sobre o papel positivo dos projetos de integração regional na introdução de normas de defesa da concorrência nos países em vias de desenvolvimento ver, por todos, Drexler, Bakhoun, Fox, Gal & Gerber, 2012.

10 Tomé Feteira, 2013: 91-118. Tratou-se de uma breve reflexão sobre a temática do DdC nos países em vias de desenvolvimento a partir da análise da interligação entre desenvolvimento, transferência de tecnologia e DdC e no contexto de um projeto académico mais abrangente subordinado à temática “Human Rights and New Technologies”/“Direitos Humanos e Novas Tecnologias” (vide Cunha, Andrade, Lixinski & Feteira, 2013).

adoção das políticas que integravam o consenso de Washington – e entre as quais se encontrava precisamente a política de concorrência – suscitasse viva oposição da parte de alguns setores, oposição essa que se estendeu ao DdC e que se traduziu no entendimento de que o mesmo seria supérfluo se não mesmo prejudicial aos países em vias de desenvolvimento (secção 2.2)¹¹. Em todo o caso, uma análise mais ponderada da realidade revela que, pese embora a expansão do DdC, poucos são os países que efetivamente o aplicam (secção 2.3), pelo que a *damnatio memoriae* que se estendeu ao DdC carece porventura de real justificação.

A compreensão das razões por detrás deste déficit de implementação (§ 3) obriga-nos a delimitar com maior precisão a realidade multiforme dos países em vias de desenvolvimento (secção 3.1, sub-secção 3.1.1), socorrendo-nos do extenso trabalho desenvolvido pela análise económica do direito (*law & economics*) com o intuito de surpreender os traços fundamentais que caracterizam estes países e cuja relevância para a configuração e implementação do DdC justifica a referência que lhes é feita nesta sede (secção 3.1, sub-secção 3.1.2). Não sendo seguramente a única via, o recurso à análise económica do direito afigura-se uma via privilegiada para identificar elementos comuns aos países em vias de desenvolvimento que se situam para além da dispersão geográfica e da multiplicidade cultural e sócio-económica que os caracteriza e cujo impacto na configuração e implementação do DdC não deve ser subestimado. A delimitação da realidade constituída pelos países em vias de desenvolvimento contrapõe-se não só à dos países desenvolvidos, mas também à dos países subdesenvolvidos. A implantação do DdC nestes últimos afigura-se pouco viável – se não mesmo contraproducente –, desde logo pela ausência de um conjunto de pré-condições que possibilitem a introdução de regras de concorrência com uma mínima probabilidade de sucesso (secção 3.2). A referência a estas pré-condições torna-se assim necessária como ponto de partida para a implantação de normas de defesa de concorrência.

Identificados os traços essenciais dos países em vias de desenvolvimento, impõe-se analisar o seu impacto na configuração e implementação do DdC seja numa perspetiva *interna* (§§ 4-5), a qual compreende a questão *configuração* (§ 4) e a da *implementação* (§ 5) do DdC, seja numa perspetiva *externa*

11 Sintetizada na ideia de que a implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento equivalia a “giving a silk tie to a dying man” (Godek, 1992: 20). O autor acrescentava ainda: “It is superfluous; a starving man has much more immediate needs. And if the tie is knotted to tightly he won’t be able to eat what little there is available to him” (*idem, ibidem*).

(§ 6), a qual convoca a questão dos limites da eficácia do DdC. A separação de perspectivas, assim como a distinção entre configuração e implementação, tem um valor meramente analítico, isto é, não visa traduzir nenhuma ordem de prioridade ou de precedência mas tão-somente permitir maior clareza na exposição dos obstáculos com que se debatem os países em vias de desenvolvimento na introdução e efetiva implementação do DdC (secção 4.1). Assim, a perspectiva interna começará pela análise da questão dos *objetivos* a prosseguir pelo DdC no contexto dos países em vias de desenvolvimento (secção 4.2, subsecção 4.2.1), debate que gravita em torno dos polos *eficiência e/ou desenvolvimento*. Seguem-se algumas considerações de *legística* em torno da elaboração das normas (secção 4.2, subsecção 4.2.2), procurando levar em consideração debilidades institucionais de diversa ordem que condicionam a interpretação e aplicação das mesmas no contexto dos países em vias de desenvolvimento. No que à parte *substantiva* respeita, isto é, os *comportamentos* anticoncorrenciais (secção 4.2, subsecção 4.2.3) e as *estruturas* de mercado (secção 4.2, subsecção 4.2.4) visados pelas normas jusconcorrenciais, impõem-se considerações mais detalhadas, tendo em conta as características dos países em vias de desenvolvimento, bem como os problemas jusconcorrencais que os afetam com maior premência, a começar pela ausência de uma cultura de concorrência. A análise é necessariamente genérica, fiel à máxima de que não existe um *one size fits all*, mas ainda assim dá por adquiridos alguns elementos invariáveis que podem constituir um ‘ponto de Arquimedes’ na tarefa de dotar um país em vias de desenvolvimento de um regime de defesa da concorrência. A análise das condicionantes internas terminará com uma breve incursão pela temática das *sanções* (secção 4.2, subsecção 4.2.5), mormente a sua natureza e determinação.

A perspectiva interna prosseguirá com a análise das condicionantes à *implementação* do DdC (§ 5), no âmbito da qual se focarão dois aspetos essenciais respeitantes ao perfil da entidade encarregue da defesa da concorrência: a estrutura institucional e as garantias no exercício da função de defesa da concorrência (secção 5.1). No âmbito da *estrutura institucional* passar-se-ão em revista as principais opções no respeitante à arquitetura institucional, referindo-se as suas principais vantagens e desvantagens no contexto dos países em vias de desenvolvimento (secção 5.2). No que respeita às *garantias*, importa referir um conjunto de mecanismos cuja implementação se revela indispensável ao exercício transparente, independente e eficaz da defesa da concorrência (secção 5.3). Atenta a generalizada ausência de uma cultura de concorrência nos países

em vias de desenvolvimento, a *competition advocacy* constitui um importantíssimo elemento da política da concorrência e uma das funções mais importantes que a autoridade competente para a defesa da concorrência deverá ser chamada a desempenhar, razão pela qual merecerá uma referência autónoma nesta sede (secção 5.4).

Segue-se a análise das condicionantes *externas* à aplicação do DdC (§ 6), as quais repousam na tensão entre o âmbito territorial de aplicação dos ordenamentos nacionais – ainda que com importantes atenuações nos países desenvolvidos – e o carácter multijurisdicional de muitas práticas anticoncorrenciais (secção 6.1), mormente as mais gravosas para os países em vias de desenvolvimento. Uma resposta cabal aos desafios colocados pela limitação territorial do DdC passaria pela criação de um quadro normativo de aplicação global – um verdadeiro Direito internacional da concorrência (*global antitrust*) – o qual, todavia, não existe nem se perspectiva que venha a existir num futuro próximo. Ainda assim, cumpre fazer referência a um conjunto de tentativas de âmbito *multilateral*, à cabeça das quais se destaca a introdução de normas de direito da concorrência em sede de OMC, que visaram a criação de um conjunto de normas de DdC à escala internacional (secção 6.2, subsecção 6.2.1), bem como outras tentativas, desta feita pela via *unilateral*, para atingir o mesmo desiderato (secção 6.2, subsecção 6.2.2). Mais recentemente tem-se vindo a afirmar uma ‘terceira via’, a qual passaria pela cooperação entre países em vias de desenvolvimento no contexto de projetos de integração económica regional (secção 6.3), via essa promissora mas cujos resultados e potencial devem ser analisados de forma realista.

Concluído este percurso, cumpre extrair conclusões, tarefa que será levada a cabo em sede de considerações finais (§ 7).

II. A GLOBALIZAÇÃO DO DDC (E OS SEUS DESCONTENTES)

2.1. O *consenso de Washington* e a expansão do DdC

Até à década de 70 do século passado, as normas jusconcorrenciais permaneciam fundamentalmente ligadas a duas grandes jurisdições: os EUA e a (então) Comunidade Económica Europeia (e por via desta última, aos Estados-Membros que a compunham). Este estado de coisas é explicável pela conjugação de dois fatores: no plano internacional, o fracasso de diversas tentativas que tiveram por escopo a criação de um Direito internacional da concorrência, as quais remontam ao esforço malgrado de instituir a Organização Interna-

cional do Comércio através da Carta de Havana (1948)¹² e prosseguiram ao longo de décadas sempre com resultados assaz limitados¹³; no plano nacional, e salvo honrosas exceções (pense-se nos casos Canadá e Japão, nomeadamente)¹⁴, a ausência generalizada de uma cultura de concorrência fora do espaço dos EUA e da CEE, o que explica a circunstância de o DdC ter permanecido largamente irrelevante fora destas jurisdições até há poucas décadas atrás.

Foi tão-somente no período entre a segunda metade da década de 80 e a primeira metade da década de 90 do século XX que se começou a assistir a uma expansão sem precedentes à escala global do número de regimes de defesa da concorrência¹⁵. Este fenómeno revestiu-se de duas características inéditas: de um ponto de vista *quantitativo*, o número de países que adotaram normas de defesa da concorrência cresceu exponencialmente de pouco menos de trinta na primeira metade da década de 70 para cerca de setenta em finais de 1996, ultrapassando atualmente a centena¹⁶. De um ponto de vista *qualitativo* a adoção de regimes de defesa da concorrência deixou de ser um (quase) exclusivo dos países desenvolvidos – como sucedeu até à primeira metade da década de 80 – alargando-se a numerosos países em vias de desenvolvimento espalhados pela América Latina, África e Ásia¹⁷. O alargamento sem precedentes do DdC à escala global, passando a incluir um número significativo de países em vias de desenvolvimento, suscitou problemas específicos resultantes do choque entre normas concebidas e aplicadas num contexto socioeconómico, cultural e político que era a vários títulos diverso ou mesmo estranho

12 A associação entre os esforços de liberalizar o comércio mundial e de instituir um conjunto de normas que versasse sobre a defesa da concorrência ao nível internacional prosseguiu, com intermitências, até ao ano de 2004, altura em que a OMC deixou cair o segundo objetivo em prol da obtenção de progressos no primeiro. Sobre este ponto Drexler, 2004: 425-431.

13 O ponto será retomado infra em § 6. Sobre o assunto veja-se por todos Gerber, 2010: 33 ss.

14 Para uma panorâmica do DdC em ambos os países, ver os respetivos capítulos da autoria de Iacobucci, Trebilcock & First e Shiraishi in Fox & Trebilcock, 2013: 109-148 e 231-265. A história do DdC no Japão oferece vários pontos de reflexão a propósito da resistência da cultura local – no caso vertente, uma cultura que privilegia a cooperação e se mostra avessa ao conflito social – à implantação do DdC.

15 Sobre a proliferação do DdC nos países em vias de desenvolvimento ver os dados compilados por Kronthaler, 2007: 26-29. Referindo-se especificamente ao facto de o fenómeno datar dos anos 80, o Autor reporta-se a um estudo de 1998, referindo que “79% of these laws were enacted subsequent to 1980, and of these, 61% in or after 1990” (Kronthaler, 2007: 26). Sobre as razões que levaram a esta ‘explosão’ do DdC à escala global, ver Gerber, 2010: 74 ss.

16 Kronthaler, reportando-se a um estudo de 2005, refere um total de 102 países (Kronthaler, 2007: 27), mas dados mais recentes compilados por Kovacic apontam para um número superior a 120.

17 Ver os dados fornecidos em Kronthaler, 2007: 27-28.

aos países em vias de desenvolvimento. Inicialmente estes aspetos pouca ou nenhuma atenção mereceram¹⁸, circunstância que muito contribuiu para que amiúde a adoção de normas de defesa da concorrência não se concretizasse na sua efetiva aplicação, ou seja, em várias jurisdições as normas de defesa da concorrência permaneceriam, por razões de diversa ordem, letra morta. Como bem refere Kovacic:

*“Adopting moribund competition laws with no means or realistic strategy for effective implementation is not a harmless exercise. In transition economies, the process of drafting and enacting hollow legal commands consumes precious human and political capital that otherwise might be used to solve pressing problems of transition. Establishing unenforceable or erratically applied laws increases uncertainty and risk for private entrepreneurs operating in what are already precarious and unpredictable business conditions. For the public, empty legal reforms feed cynicism about the rule of law and the value of economic and political decentralization.”*¹⁹ [ênfase em itálico nosso]

Considerando que a esmagadora maioria destes sistemas jurídicos não tinha até então qualquer cultura da concorrência, compreende-se que a introdução de normas jusconcorrenciais se tenha ficado a dever, pelo menos num primeiro momento, a fatores essencialmente *exógenos*. Estes fatores ditaram a adoção, quando não mimetização, de normas de defesa de concorrência diretamente inspiradas no DdC dos países desenvolvidos, no contexto de um conjunto mais vasto de políticas económicas genericamente designadas como o *consenso de Washington*²⁰. Na sua versão original, o *consenso de Washington* referia-se a um conjunto de dez políticas económicas que mereciam a concordância do poder político e das instituições financeiras em Washington – *et pour cause* da maioria dos países desenvolvidos – e cuja adoção pelos países menos desenvolvidos foi

18 À parte de alguns estudos pioneiros, dentre os quais cumpre distinguir os contributos de William E. Kovacic, o interesse da literatura jurídica pelo tema é recente. Para além das obras mencionadas ao longo destas páginas, importa referir as monografias editadas no âmbito da coleção *Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, da responsabilidade do Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law [atualmente Max Planck Institute for Innovation and Competition] de Munique e publicadas sob a chancela da editora Stämpfli, as quais se ocupam amiúde de questões relacionadas com a implantação do DdC em países em vias de desenvolvimento.

19 Kovacic, 1998: 404.

20 Sobre a história do “*consenso de Washington*” e as ideias por detrás do mesmo contada por um dos seus mentores, ver Williamson, 2004a.

fortemente encorajada no contexto da sua adaptação à economia de mercado após o fim da Guerra Fria. Entre estas políticas económicas incluíam-se a privatização e desregulação da economia, ou seja, a abertura à concorrência de setores até então vedados à mesma e a redução de barreiras à entrada e saída do mercado²¹.

Independentemente do bem-fundado das suas intenções iniciais, a expressão *consenso de Washington* viria a tornar-se “*the center of fierce ideological controversy*”²², na medida em que a mesma seria associada ao monetarismo, a políticas macroeconómicas de estímulo à oferta (*supply-side economics*) e à redução do Estado às suas funções mínimas essenciais, três ideias caras à vaga neoliberal do início dos anos 80²³. Ainda que poucos tenham sido os governos que efetivamente implementaram a totalidade das políticas que integravam o *consenso de Washington* e ainda que os resultados obtidos tenham variado, na memória coletiva o *consenso de Washington* e as políticas que o integravam (incluindo a de concorrência) permaneceram associados ao agravamento da pobreza e das assimetrias sócio-económicas nos países em vias de desenvolvimento²⁴.

Importa também referir que o contexto em que se deu a adoção de sistemas de defesa da concorrência nos países menos desenvolvidos correspondeu menos à persuasão das elites políticas e tecnocráticas sobre o bem-fundado do DdC e mais à negociação de um conjunto mais vasto de medidas de privatização e

21 Outras políticas incluíam (i) disciplina fiscal, (ii) reorganização das prioridades da despesa pública, (iii) reforma fiscal, (iv) liberalização da taxa de juro, (v) adoção de uma taxa de câmbio competitiva, (vi) liberalização do comércio, (vii) liberalização do influxo de investimento direto estrangeiro (*foreign direct investment*) e (viii) distribuição e tutela de direitos de propriedade (*property rights*); ver Williamson, 2004a: 3-4; e também Williamson, 2004: 3-11.

22 Williamson, 2004a: 1. Como o próprio Autor reconhece (Williamson 2004a: 5), a versão original do *consenso de Washington* incluía, pelo menos, duas políticas que estavam longe de ser consensuais mesmo em Washington: a liberalização do mercado financeiro desacompanhada da implementação de mecanismos de supervisão; e a política para a taxa de câmbio, à qual Washington parecia preferir opções mais extremadas de controlo estrito ou liberalização cambial. Por outro lado, batizar o consenso como sendo *de Washington* – quando na verdade se tratava de medidas adotadas pela maioria dos membros da OCDE e com largo sucesso – alimentou críticas de que o que estaria em causa era tão-somente um exercício de imperialismo económico (Williamson 2004a: 6).

23 Refutando a associação da versão original do *consenso de Washington* a estas políticas, ver Williamson, 2004a: 2 e 7, embora o Autor reconheça que a expressão se tornou polissémica e que uma das suas aceções – porventura aquela que se tornou mais comum – é indissociável do neoliberalismo ou, como os seus adversários mais encarniçados lhe chamam, do fundamentalismo de mercado (Williamson, 2004a: 7). Ver também a referência e a resposta às críticas de *Stiglitz* e *Rodrik* em Williamson, 2004: 13-17.

24 Referindo-se à falta de implementação das políticas recomendadas pelo *consenso de Washington* na América Latina, ver Peña, 2006: 733 (“*It is important to point out that these recommended policies have not been fully implemented by any of the region’s governments and their impact has varied in each country*”).

desregulação num contexto de ajuda – quando não de emergência – financeira ou liberalização do comércio e cuja aceitação pelos países beneficiários da ajuda financeira constituía condição prévia e necessária para o acesso à mesma ou para a integração em blocos económicos mais vastos²⁵. No seu conjunto, estas medidas visavam a liberalização, desregulação e privatização da economia dos países beneficiários, três ideias caras ao *consenso de Washington*.

Além da sua associação ao *consenso de Washington* e do contexto específico em que alguns dos regimes de defesa da concorrência foram adotados, uma terceira razão contribuiu igualmente para a hostilidade que a expansão do DdC suscitou em alguns quadrantes. Com efeito, a introdução de regimes de defesa da concorrência nos países em vias de desenvolvimento obedeceu na maioria dos casos a uma lógica de mimetização dos regimes vigentes nos países desenvolvidos, descurando ou não curando suficientemente das especificidades locais e da sua relevância para a implementação de um novel corpo de regras e de instituições²⁶. Os efeitos desta mimetização foram tanto mais gravosos quanto, na maioria dos casos, a mesma não foi precedida de qualquer esforço pedagógico dirigido a criar nas sociedades locais uma *cultura de concorrência*. Este aspeto reforçou o ‘exotismo’ das regras de defesa da concorrência e sedimentou a perceção de que se tratava de uma imposição externa mais do que uma inovação portadora de reais benefício para as populações locais. Em todo o caso, à ideia de que o DdC era uma imposição externa juntou-se outra, de contornos semelhantes: a de que os problemas de concorrência seriam eles próprios problemas ‘importados’, ou seja, resultariam da atuação de multinacionais, pelo que o DdC ou seria desnecessário ou não passaria de um instrumento para as mesmas multinacionais acederem com maior facilidade aos mercados locais²⁷. Ironicamente, são precisamente as características dos países em vias de desenvolvimento que agravam o impacto das práticas anticoncorrenciais e tornam as regras de defesa da concorrência tanto mais necessárias. Neste sentido, refere Frédéric Jenny:

25 Sobre este ponto, distinguindo entre os elementos internos e externos (pressão e/ou influência), que motivaram a adopção de regimes de defesa da concorrência um pouco por todo o lado, ver Gerber, 2010: 69-72.

26 Neste sentido, ver as críticas de Rodriguez & Menon, 2010.

27 Frédéric Jenny menciona, neste contexto, a contraposição ‘nós’ (empresas e consumidores dos países em vias de desenvolvimento) versus ‘eles’ (empresas dos países desenvolvidos) referindo, a justo título, que embora as multinacionais sejam responsáveis pela sua quota-parte de práticas restritivas da concorrência, “they are not, by a long shot, the only source of anticompetitive practices affecting developing countries” (Jenny, 2006: 133-134).

“In fact, there are reasons for believing that *less developed economies are more, rather than less, vulnerable to anti-competitive practices than developed economies*. The reasons include the existence, in many such countries, of some or all of the following conditions: (i) high “natural” entry barriers due to poor business infrastructure, including distribution channels; (ii) regulatory and licensing regimes that unnecessarily impede the entry and success of new entrepreneurs; (iii) inadequate investment in the institutions of competition law and policy, and supporting learning and advocacy activities and fora; (iv) asymmetries of information in both product and credit markets; and (v) a greater proportion of local (non-tradable) markets (Stiglitz 2007; Anderson and Jenny 2005; Dutz 2002). For these reasons, the citizens of developing and least developed countries are, in many cases, more vulnerable to anti-competitive practices than those in developed countries, and have an acute need to be protected against cartels, abuses of dominant position and anti-competitive mergers.” [ênfase em itálico nosso]²⁸

2.2. Críticas à expansão do DdC

Neste contexto não é surpreendente que a forma como decorreu a implementação de regimes de defesa da concorrência nos países em vias de desenvolvimento entre as décadas de 80 e 90 do século passado tenha suscitado oposição da parte de muitos países em vias de desenvolvimento²⁹ e a crítica de uma parte da literatura que se tem ocupado deste tema.

A oposição dos países em vias de desenvolvimento pode ser estruturada em torno de quatro argumentos principais a que importa aludir brevemente³⁰: (i) a incompatibilidade entre o DdC e outras estratégias de desenvolvimento económico; (ii) a existência de soluções sucedâneas da política de concorrência; (iii) a preponderância de outros objetivos em detrimento da política de concorrência; e (iv) as dificuldades associadas à configuração e implementação do DdC no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Na medida em que a última das objeções se prende com os obstáculos à configuração e implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento, matéria que será objeto de referência própria em momento posterior, importa aludir seletivamente às demais

28 Anderson & Müller, 2013: 5.

29 Sobre o impacto do *consenso de Washington* e os desenvolvimentos desde então verificados nas políticas de concorrência na América Latina, ver Peña, 2006: 741 ss.

30 Sobre este ponto ver, por todos, Kronthaler, 2007a: 32-57; e também Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 22 ss. Para uma sistematização alternativa, embora largamente coincidente, ver Kovacic, 2001: 286-290.

objeções já articuladas uma vez que um tratamento exaustivo das mesmas excederia largamente o âmbito do presente artigo³¹.

No que respeita (i) à alegada *incompatibilidade entre o DdC e outras estratégias de desenvolvimento*, aponta-se como exemplo a necessidade de proteger as *indústrias nascentes*, as quais necessitariam de tempo para se prepararem e adquirirem experiência para poderem enfrentar a concorrência internacional³², esquecendo-se porém que a falta de concorrência interna tem precisamente o efeito oposto e que o DdC não serve apenas para reprimir condutas anti-concorrenciais mas também para proteger os agentes económicos dos efeitos dessas condutas. Refere-se também que a pequena dimensão do mercado pode justificar alguma tolerância relativamente a um determinado grau de *concentração económica* bem como à necessidade de as empresas domésticas adquirirem alguma dimensão para poderem competir internacionalmente³³, esquecendo-se no entanto que uma política de concorrência adequadamente desenhada deverá tomar estes fatores em linha de conta na medida em que os mesmos resultem efetivamente de especificidades locais, tais como a reduzida dimensão do mercado³⁴. Por fim, refira-se ainda o argumento de que a tolerância relativamente a determinados níveis de concentração económica – seja sob a forma monopólios, seja de oligopólios – seria o ‘preço’ a pagar por parte de países cujos sistemas financeiros não funcionam de forma eficiente e que por isso ‘forçariam’ as empresas a crescer pela via *endógena*. A tolerância relativamente a estruturas monopolistas ou oligopolistas seria, assim, a forma de incentivar as empresas a investirem, sendo que deste investimento resultaria crescimento económico³⁵. No entanto, também aqui não parece que o DdC constitua qualquer obstáculo ao desenvolvimento, desde logo porque na ausência de um ambiente concorrencial não há qualquer garantia que o inves-

31 Para um tratamento desenvolvido da matéria com base em elementos empíricos, ver Kronthaler, 2007 e Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005.

32 Ver Kronthaler, 2007a: 35-36; e Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 24-25.

33 Estaria aqui em causa a questão das economias de escala e da necessidade de promover ‘campeões nacionais’; ver Kronthaler, 2007a: 36-38 e Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 25-30. Em maior detalhe sobre esta problemática da configuração e aplicação do DdC nas pequenas economias de mercado, ver por todos Gal, 2003.

34 Sobre este ponto, ver Gal, 2003: 13 ss. Embora seja importante notar que, segundo Gal, as implicações em matéria de política de concorrência devem ser limitadas a aspetos específicos relacionados com a dimensão e a estrutura do mercado; ver Gal, 2003: 47-57.

35 Sobre este argumento, ver Kronthaler, 2007a: 39-41; e Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 32-33 e 37-38.

timento – a ser feito – seja efetivamente fonte de crescimento económico e de acréscimo de bem-estar para a sociedade. Por outro, debilidades institucionais como a ausência ou ineficiência do sistema financeiro e as consequências que daí advêm, podem e devem ser integradas nas ponderações a realizar em sede de DdC.

Quanto a (ii) *possíveis substitutos da política de concorrência*, referem-se por vezes as políticas de regulação setorial, de liberalização do comércio externo ou de privatização e desregulação³⁶. No entanto, se desacompanhadas de regras que garantam a defesa da concorrência, cada uma destas políticas pode engendrar comportamentos restritivos da concorrência ou ver os seus efeitos benéficos ser minada por estes, razões tanto mais plausíveis para que a sua implementação seja acompanhada da aplicação de regras de defesa da concorrência³⁷. Desde logo, a regulação setorial não visa combater comportamentos anticoncorrenciais, operando antes em setores onde a concorrência não é possível ou que foram recentemente liberalizados³⁸, razão pela qual estas políticas se configuram como complementares e não como sucedâneos. Embora a liberalização do comércio externo tenha o efeito de abrir a economia à concorrência internacional e, por essa via, expor as empresas domésticas à concorrência externa, importa lembrar que a mesma não dá resposta a três problemas fundamentais: o da concorrência em setores de bens não-transacionáveis ou relativamente a bens cujos custos transação (e.g. custos de transporte) inviabilizam a concorrência internacional; a possibilidade de as empresas domésticas e o Estado erigirem outras barreiras à entrada de tipo não-aduaneiro que substituam as barreiras aduaneiras; e a possibilidade de as empresas estrangeiras adotarem comportamentos restritivos da concorrência, porventura com a colaboração de empresas domésticas. Ora, a resposta a estes problemas convoca a intervenção corretiva do DdC. Por fim, a implementação de políticas de privatização e desregulação se desacompanhada de uma política de concorrência incorre no sério risco de engendrar monopólios privados (que se limitam a tomar o lugar dos monopólios públicos anteriormente existentes) e de incentivar a adoção de comportamentos anticoncorrenciais tomando por base a posição de vantagem com que partem. Por todas estas razões, a política de concorrência não deve

36 Ver Kronthaler, 2007a: 46-49; e também Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 39-43.

37 Neste sentido, ver Kovacic, 2001: 290-297.

38 Sobre a problemática da regulação, ver por todos Paz Ferreira & Morais, 2009: 7-38.

ser encarada como um *sucedâneo* de outras políticas, mas antes um necessário *complemento* das mesmas.

Por fim, no que respeita à (iii) *prioritização de outros objetivos* – reforma institucional, políticas sociais, estabilização do sistema político, entre outros³⁹ –, a verdade é que a política de concorrência deve ser encarada como complementar e catalisadora destes objetivos. A política de concorrência, em particular na sua dimensão de promoção de uma cultura de concorrência (*competition advocacy*)⁴⁰, pode desempenhar um papel importante num contexto de reforma institucional (momento de consolidação da economia de mercado)⁴¹, de implementação de políticas sociais e de estabilização política, devendo para esse efeito tomar em consideração o contexto local. Para ilustrar a afirmação e sem prejuízo de posteriores desenvolvimentos, julga-se que a implantação de uma política de concorrência nos países em vias de desenvolvimento deve passar pela *prioritização* – tanto mais necessária quanto os recursos humanos e financeiros forem mais escassos – dos problemas jusconcorrenciais que afetam de forma aguda as camadas mais carenciadas da população, a exemplo das restrições da concorrência que afetam bens de primeira necessidade, contribuindo assim para uma maior visibilidade dos benefícios da concorrência e para o seu enraizamento na sociedade.

A problemática da sobreposição entre a política de concorrência e outras políticas não deve ser confundida com uma questão diversa, ainda que contígua, a qual se prende com o conjunto de condições mínimas das quais depende a implementação do DdC. Quer-se com isto dizer que só faz sentido discutir a eventual sobreposição de políticas verificadas que estejam determinados requisitos mínimos – de que se dará conta *infra*⁴² – dos quais depende a implantação do DdC e que o devem necessariamente preceder. Aquém deste patamar mínimo – situação em que tipicamente se encontram os países menos desenvolvidos – afigura-se-nos prematuro discutir a implantação de um sistema de defesa de concorrência, sem prejuízo de esforços de sensibilização que se empreendam neste sentido.

39 Ver Kronthaler, 2007a: 50-52; e, em maior detalhe, Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 43-48.

40 Na definição proposta pela *International Competition Network (ICN)*: “*Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition.*” (ICN, 2002: 25).

41 Kovacic, 2001: 297-298.

42 Ver § 3.

No que respeita às críticas provenientes da literatura que se tem ocupado da temática da política de concorrência nos países em vias de desenvolvimento⁴³, as mesmas reconduzem-se genericamente à ideia de que a implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento corresponde, em maior ou menor grau, a uma cedência a pressões externas ou, numa linguagem mais ideológica⁴⁴, aos interesses (capitalistas e imperialistas) dos países desenvolvidos, os quais se esforçariam por ‘exportar’ o DdC sob uma capa politicamente neutra, enfatizando pretensos benefícios económicos mas omitindo os inerentes custos sociais. Ora, sendo inegável que a adoção de regras de defesa da concorrência pelos países em vias de desenvolvimento também é do interesse dos países desenvolvidos na medida em que proporcione um quadro regulatório estável propiciador de certeza e segurança jurídicas⁴⁵, a crítica enunciada peca por simplismo ao ignorar os benefícios que resultam para os países em vias de desenvolvimento e ao fixar-se em dois aspetos que não são determinantes nem devem ser generalizados: por um lado, a circunstância de alguns países em vias de desenvolvimento serem ‘pressionados’ a adotar regras de defesa da concorrência, seja no contexto de pedidos de auxílio financeiro a instituições internacionais (mormente o Banco Mundial ou o FMI), seja no âmbito de acordos de liberalização do comércio, como parte integrante de um conjunto mais alargado de medidas que visam a privatização e liberalização da economia⁴⁶; por outro lado, o facto de todos os regimes de defesa da concorrência se inspirarem, em maior ou menor grau, nos dois principais sistemas de defesa da concorrência atualmente existentes, o *antitrust* norte-americano e o DdC europeu. É que se é verdade que a introdução de normas de defesa da concorrência tem em alguns casos resultado de um conjunto de medidas acordadas com instituições financeiras internacionais, não se pode ainda assim

43 Ver por todos e com amplas referências bibliográficas, Rodriguez & Menon, 2010; e Godek, 1992. Esta literatura abrange fundamentalmente três disciplinas: o Direito, a Economia e a Ciência Política.

44 Nesta linha, ver Wigger, 2005; e, mais recentemente, Buch-Hansen & Wigger, 2011.

45 Efetivamente, o ambiente de *incerteza* que impera em muitos países em vias de desenvolvimento e cuja fonte reside em múltiplos fatores como o clima de instabilidade política, a debilidade das instituições, o predomínio da economia informal, a corrupção, etc. apresenta-se muito adverso aos agentes económicos e constitui um forte incentivo a que estes se socorram de instituições *informais* que preenchem a ausência das instituições *formais*. Nesta perspetiva, refira-se o papel dos cartéis como mecanismo de garantia do cumprimento de obrigações contratuais referido em Richman, 2013: 155 ss. A questão da importância de um quadro regulatório estável remete-nos, num contexto mais abrangente, para a importância das instituições (“*humanly devised constraints that shape human interaction*” na definição de Douglass C. North) para o progresso económico.

46 Sobre este ponto ver, *inter alia*, Marcos, 2006.

tomar o todo pela parte; pense-se, desde logo, nos chamados BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul)⁴⁷. Embora ultrapasse largamente o escopo do presente trabalho a análise das razões que levaram cada um dos países que integra os BRICS a introduzir regras de defesa da concorrência no seu ordenamento jurídico⁴⁸, cumpre referir que entre estas figuram seguramente objetivos estratégicos de atração de investimento estrangeiro e maior participação no comércio internacional e, genericamente, nos benefícios da globalização. Por outro lado, não é correto restringir às instituições internacionais financeiras o esforço no sentido da difusão do DdC. Pense-se no trabalho desenvolvido pelas Nações Unidas⁴⁹ e, no seio desta, pela UNCTAD⁵⁰, no sentido da promoção da política de concorrência como um instrumento de crescimento e desenvolvimento económico, bem como no auxílio por estas prestado aos países em vias de desenvolvimento na implementação de regras de defesa da concorrência.

No que toca à mimetização dos regimes de defesa da concorrência dos países desenvolvidos, importa lembrar que a ausência generalizada de uma *cultura de concorrência* nos países em vias de desenvolvimento conjugada com a escassez de recursos humanos e financeiros desaconselha, quando não inviabiliza, que estes países enveredem por experimentalismos ao invés de colherem os frutos da experiência de outras jurisdições. Em todo o caso, desse facto não resulta a imutabilidade das normas adotadas, nem tão-pouco que a aplicação das normas se processe de forma idêntica à das jurisdições donde as mesmas foram ‘importadas’. Aliás, é mesmo desejável que o sistema jurídico revele capacidade de adaptação e evolução face à realidade económica subjacente e que a aplicação das normas tenha em conta os particularismos do país em causa. Ainda assim, as críticas endereçadas à implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento que vêm na mesma a transposição acrítica das normas de defesa da concorrência para países que não dispõem do enquadramento insti-

47 Para uma panorâmica do DdC nos BRICS, ver Rudomino, Regazzini & Emch, 2012.

48 Ver Rudomino, Regazzini & Emch, 2012. Para um estudo empírico dos fatores que influenciam a decisão de introduzir e aplicar o DdC nos países em vias de desenvolvimento, ver Kronthaler, 2007a: 55-87.

49 United Nations, ‘The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices’, Resolution adopted by the United Nations Conference on Restrictive Business Practices on 22 april 1980 and Resolution 35/63 adopted by the General Assembly at its thirty-fifth session, on 5 december 1980.

50 Ver, por exemplo, UNCTAD, *Competition Policy for Development: A Report on UNCTAD's Capacity Building and Technical Assistance Programme*, NY/Genebra, 2004.

tucional nem dos instrumentos necessários para as aplicar⁵¹ poderão ser parcialmente justificadas, mas não servem para desqualificar a utilidade do DdC *in toto*.

2.3. O déficit de aplicação do DdC

Conquanto a expansão do DdC tenha assumido proporções à escala global, a verdade é que em muitos casos este fenómeno se traduziu na mera adoção de normas de defesa da concorrência desacompanhada da sua efetiva aplicação. O grau de implantação do DdC nos países em vias de desenvolvimento tem sido variável e espelha a própria diversidade destes países, mas os dados relativos à sua efetividade não são particularmente encorajadores⁵². Os estudos empíricos realizados até à data, entre os quais se contam o relatório anual do *World Economic Forum*⁵³ e diversas contribuições da literatura da especialidade⁵⁴, revelam uma correlação entre o grau de desenvolvimento económico (medido em termos de PIB per capita) e o êxito na implementação da política de concorrência. Tomando por boas a fiabilidade dos dados empíricos e a metodologia utilizada⁵⁵, podemos encontrar diversas explicações para este déficit de implementação entre as quais o subfinanciamento das entidades

51 Nesta linha, ver Rodriguez & Menon, 2010 cuja argumentação se centra numa dupla crítica à introdução do DdC nos países em vias de desenvolvimentos e subdesenvolvidos, a qual reputam de (i) desnecessária e (ii) pernicioso. *Desnecessária* na medida em que os autores questionam a complementaridade entre liberalização do comércio e defesa da concorrência, reputando de prematura a adoção de regras de DdC quando a via da liberalização do comércio não foi ainda devidamente explorada. E *pernicioso* porquanto os países menos desenvolvidos tenderão não só a acumular ‘falsos positivos’ na aplicação do DdC, como carecem da necessária infraestrutura institucional para a efetiva aplicação do DdC.

52 Sobre este ponto, incluindo referências aos dados quantitativos extraídos do relatório anual (2004) do *World Economic Forum* sobre competitividade, ver Rodriguez & Menon, 2010: 49-54; e Kronthaler, 2007a: 29-31.

53 O WEF publica anualmente o relatório ‘The Global Competitiveness Report’, o qual avalia o grau de competitividade de 144 economias baseado em 12 pilares, cada um deles composto por um conjunto de indicadores. Entre os pilares da competitividade inclui-se o da eficiência do mercado de bens, o qual inclui entre os seus indicadores o grau de eficácia da política de concorrência, a qual é avaliada de 1 (não promove a concorrência) a 7 (promove eficazmente a concorrência). Os dados referentes ao período 2014-2015 encontram-se disponíveis em: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/>.

54 Ver, por exemplo, Kronthaler, 2007a; e Dutz & Vagliasindi, 2000: 762-772.

55 Alertando para a questão, ver Rodriguez & Menon, 2010: 55 (“*The practice of using perceptions-based surveys either individually or as an input into a composite measure, has raised concerns including questions about the basic validity of the surveys, inter-rater reliability and sensitivity to external biases as well as to the inferences drawn.*”).

encargues da defesa da concorrência, a falta de experiência na aplicação do DdC e a normal evolução da curva de aprendizagem institucional⁵⁶, a ausência de empenho na implementação das regras de defesa da concorrência, seja por desinteresse uma vez atingido o objetivo pretendido (por exemplo, obtenção de financiamento internacional), seja por incapacidade institucional para fazer melhor ou diferente⁵⁷.

A inegável proximidade temporal e de contexto entre a expansão à escala global de regimes jusconcorrenciais e as políticas associadas ao *consenso de Washington* concorreram para a preponderância do *antitrust* norte-americano entre os modelos de DdC exportados para os países em vias de desenvolvimento. Porém, tal proximidade acabou por se revelar perniciosa e, de certa maneira, inquinou a implantação do DdC em países cuja tradição na matéria era escassa ou, frequentemente, inexistente. No entanto, assacar responsabilidades ao DdC pela verificação de resultados economicamente indesejáveis e mesmo socialmente dolorosos nos países em vias de desenvolvimento não se afigura plausível, desde logo porque a imputação deveria recair sobre as medidas de ajustamento macroeconómico acordadas no mesmo contexto em que foram implementadas regras de defesa da concorrência, mas destas bem distintas. Por outro lado – e este é o ponto que servirá de mote para as páginas que se seguem –, a concreta produção dos efeitos benéficos associados ao DdC não resulta automaticamente da sua introdução no ordenamento jurídico. Desde logo, há que atender a *condições mínimas* sem as quais a adoção e aplicação de regras de defesa de concorrência não será possível nem, porventura, desejável. Mesmo que estas condições se encontrem reunidas, os resultados obtidos com a aplicação do DdC não são de modo algum indiferentes à concreta configuração (*design*) das normas jusconcorrenciais, nem à forma como estas são implementadas (*enforcement*). Neste particular, afiguram-se inteiramente justificadas as críticas à mimetização pelos países em vias de desenvolvimento dos regimes de defesa da concorrência adotados pelos países desenvolvidos⁵⁸.

56 Ou seja, tratando-se de uma matéria nova para a esmagadora maioria dos países em vias de desenvolvimento, seria apenas natural que a absorção do DdC se processasse de forma gradual, correspondendo assim ao início da curva de aprendizagem. Sobre este ponto, ver as críticas formuladas por Rodriguez & Menon, 2010: 59.

57 Referindo-se criticamente à desatenção dos países desenvolvidos e das instituições internacionais relativamente às graves debilidades institucionais dos países em vias de desenvolvimento no que toca à implementação do DdC ver, entre outros, Kovacic, 2000: 513-537.

58 Neste sentido, ver Rodriguez & Menon, 2010.

Porém, ao invés de se condenar liminarmente a expansão do DdC, deve antes atentar-se no crescente consenso sobre a necessidade de as normas e respectivos mecanismos de implementação serem capazes de refletir e responder às especificidades dos países em vias desenvolvimento, sem com isso desvirtuarem os objetivos precípuos da defesa da concorrência. Nesta linha de raciocínio, importa começar por circunscrever as características dos países em vias de desenvolvimento que justificam um tratamento diferenciado em sede de DdC, para a partir daí passarmos em revista as razões pelas quais a introdução de regras de defesa da concorrência se afigura benéfica para aqueles países. Estes pontos serão objeto do capítulo que se segue.

III. OS PAÍSES EM VIAS DE DESENVOLVIMENTO E O DDC

3.1. Os países em vias de desenvolvimento

a) *Questão terminológica*

A par da expressão “*países em vias de desenvolvimento*”⁵⁹, a literatura sobre a implementação de regimes de defesa da concorrência fora do contexto dos países desenvolvidos ou industrializados utiliza igualmente outras expressões tais como “*economias em transição*”⁶⁰, “*pequenas economias de mercado*”⁶¹ ou ainda “*novas jurisdições de direito da concorrência*”⁶². Pese embora estas expressões apresentem diversos pontos de contato, a verdade é que cada uma delas enfatiza um aspeto particular sem que exista necessariamente uma sobreposição entre os conceitos. Assim, enquanto a referência a *pequenas economias de mercado* enfatiza a questão da dimensão da economia de mercado independentemente do grau de desenvolvimento económico dos respetivos países, a expressão *economias em transição* remete-nos para um conjunto de países – a maioria deles com baixos índices de desenvolvimento económico – nos quais se operou a passagem de uma economia coletivizada de tipo socialista ou, mais genericamente, caracterizada pela forte intervenção do Estado, para uma economia de mercado. Já a alusão a *novas jurisdições de direito da concorrência* sublinha o aspeto temporal

59 Ver, por exemplo, Rodriguez & Menon, 2010; Kronthaler, 2007a; Cook, Fabella & Lee, 2007; e Drexel, Bakhoun, Fox, Gal & Gerber, 2012.

60 Ver Kronthaler, 2007a.

61 Neste sentido, ver Gal, 2003.

62 Whish & Townley, 2012.

relativo à introdução de normas jusconcorrenciais, sem nada adiantar sobre a dimensão da economia ou sobre o grau de desenvolvimento económico. Para ilustrar o diferente alcance destas expressões tome-se o caso de Israel, país que embora integre a categoria das pequenas economias de mercado, não é enquadrável em nenhuma das demais categorias⁶³, ao invés da África do Sul (simultaneamente uma nova jurisdição de DdC e uma economia emergente) e da Checoslováquia em 1990 (uma economia em transição, que posteriormente deu origem a dois países, correspondendo a cada um deles uma pequena economia de mercado).

A expressão *países em vias de desenvolvimento* oferece diversas vantagens relativamente a possíveis sucedâneos, a primeira das quais é a sua utilização generalizada pela literatura. Acresce tratar-se de uma expressão cuja abrangência supera a das demais sem, no entanto, cair no risco de se tornar uma designação anódina (como sucede com a referência às *novas jurisdições de direito da concorrência*). Uma terceira vantagem é a de colocar o acento tónico na vertente do *desenvolvimento*, aspeto que se afigura crucial quer para compreender algumas das reivindicações/críticas feitas pelos países que se encontram num estado intermédio de desenvolvimento e da literatura que sobre este tema se tem debruçado, quer para analisar as potencialidades e limitações do DdC nestas jurisdições. Sucede, porém, que a expressão *países em vias de desenvolvimento* não está isenta de dificuldades ou imune a críticas, as quais importa desde já reconhecer. Desde logo, a definição do que se deva entender por países em vias de desenvolvimento, ou melhor, a seleção dos critérios aptos a medir o grau de desenvolvimento de um país, não deixa de suscitar alguns reparos. Nesta matéria é hoje amplamente reconhecida a necessidade de conjugar critérios estritamente ligados ao crescimento económico – como o rendimento *per capita* ou o PIB⁶⁴ – com outros critérios ligados ao desenvol-

63 Para uma panorâmica do DdC em Israel, ver o relatório preparado pela OCDE no contexto da adesão de Israel àquela organização: “Competition Law and Policy in Israel 2011”, *Competition Law and Policy Reviews* (disponível *online* em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/competition-law-and-policy-in-israel-2011_9789264097667-en#page1).

64 Tradicionalmente utilizado pelo Banco Mundial, embora atualmente conjugados com outros critérios, como se retira dos indicadores de desenvolvimento mundial (*World Development Indicators*) atualizados anualmente pela instituição (a edição de 2014 está disponível *online* em: <http://data.worldbank.org/products/wdi>); também pelo Fundo Monetário Internacional utiliza critérios económicos em conjugação com outros critérios mais abrangentes, nomeadamente no âmbito do relatório anual “World Economic Outlook” (a edição de 2014 encontra-se disponível *online* em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/index.htm>).

vimento humano – como a esperança média de vida e os níveis de literacia⁶⁵ – para aferir o grau de desenvolvimento de um país. Subjacente a este alargamento de perspetiva está uma visão mais abrangente de desenvolvimento económico – a qual tem vindo a ser defendida por diversos economistas entre os quais cumpre destacar o nome de *Amartya Sen*⁶⁶ – que não se resume aos indicadores económicos tradicionais relativos ao crescimento económico mas envolve igualmente uma componente de desenvolvimento humano e de equidade na distribuição da riqueza. No entanto, ainda que conjugando critérios de crescimento económico e critérios de desenvolvimento humano, a verdade é que a expressão *países em vias desenvolvimento*⁶⁷ não deixa de compreender um conjunto vasto e multiforme de países, no âmbito da qual poderíamos distinguir três subcategorias: a dos países recentemente industrializados (que inclui mas não se esgota nos BRICS), a dos países que raíam o limiar do subdesenvolvimento e, por exclusão de partes, a dos demais países em vias de desenvolvimento. Ainda assim, estes países partilham um conjunto de características que tem sido objeto de estudo por parte da literatura económica, com especial destaque para a da área da análise económica do direito (*law and economics*), características cuja dimensão e intensidade variam em função do país em causa (tenderá a ser menos acentuada nos países recentemente industrializados e, dentro destes, nos que integram os BRICS, por contraposição aos que se encontram no limiar do subdesenvolvimento) mas que importa identificar e analisar brevemente atenta a sua relevância global para a implementação do DdC.

65 Como referido na página do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, “[t]he Human Development Index (HDI) is a summary measure of average achievement in key dimensions of human development: a long and healthy life, being knowledgeable and have a decent standard of living. The HDI is the geometric mean of normalized indices for each of the three dimensions” (fonte: <http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>). Os dados referentes a 2014 encontram-se disponíveis em: <<http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>>.

66 Ver, por exemplo, Sen, 2011. Sobre o contributo de Amartya Sen para uma noção abrangente de desenvolvimento, ver Paz Ferreira, 2004: 91-94.

67 De resto, importa referir que a amplitude da expressão “*países em vias de desenvolvimento*” tem permitido a sua utilização estratégica em função do objetivo e do contexto em que é utilizada. Tal tem sucedido, por exemplo, no domínio da liberalização do comércio internacional, atentos algumas vantagens associadas ao estatuto de país em vias de desenvolvimento. Sobre este ponto ver, por todos, Matsushita, Schoenbaum & Mavroidis, 2006: 764.

b) Características dos países em vias de desenvolvimento e DdC

Pese embora a sua diversidade, é possível identificar um conjunto de características – ou limites⁶⁸ – de ordem sócio-económica, política e cultural, que são largamente partilhadas pelos países em vias de desenvolvimento mas cuja amplitude naturalmente varia de país para país em função do seu posicionamento na escala do desenvolvimento. Na maioria dos casos trata-se de características que não estão ausentes dos países desenvolvidos (pense-se no fenómeno da corrupção, por exemplo), embora a sua dimensão e intensidade ganhe proporções diversas nos países em vias de desenvolvimento. Além de nos permitirem identificar uma realidade suficientemente homogênea – sem com isso se pretender obliterar as especificidades de cada país –, estas características permitem-nos igualmente perceber as especificidades partilhadas por um conjunto de países e que explicam em grande medida as dificuldades percecionadas na configuração e implementação de normas jusconcorrenciais. A análise das implicações destas características no que tange à configuração e implementação de um regime de defesa da concorrência será relegada para um momento posterior⁶⁹, sendo certo que o sucesso de qualquer regime de defesa da concorrência sempre dependerá do conhecimento que demonstrar relativamente à realidade económica, política e social subjacente⁷⁰.

Uma primeira característica prende-se com a *dimensão da economia informal* nos países em vias de desenvolvimento. A economia informal abrange todas as transações que se processam à margem do quadro regulatório existente – requisitos legais para o exercício de determinada atividade económica, normas laborais, fiscais, comerciais, societárias, etc. – e que por isso escapam aos mecanismos de controlo que recaem sobre a economia formal, entre os quais o DdC. Por outro lado, a dimensão da economia informal tem uma outra consequência que dificulta a configuração e a implementação do DdC, a qual se prende com

68 A propósito da implementação do DdC na América Latina, Julián Peña fala em quatro tipos de 'limites': *culturais* (falta de cultura de concorrência, forte intervenção do Estado mesclada com corporativismo institucionalizado e protecionismo, valores sociais e comportamento no mercado), *políticos* (desconfiança nos mercados e preferência por ganhos políticos de curto-prazo), *económicos* (pequenos mercados altamente concentrados, forte presença da economia informal e insuficiência e pouca fiabilidade dos dados disponíveis sobre o mercado) e *institucionais* (falta de autonomia das autoridades da concorrência, dificuldade de combinar competências investigatórias e decisórias e dificuldades sentidas pelos tribunais na reapreciação das decisões das autoridades da concorrência); ver Peña, 2012: 236-251.

69 Ver infra §§ 4-5.

70 Também neste sentido, referindo a necessidade de avaliar as questões jusconcorrenciais mais prementes no contexto dos países em vias de desenvolvimento, ver Fox, 2006-2007: 224-226; e também Kovacic, 2001: 301-302.

a dificuldade em recolher dados económicos fidedignos, os quais se mostram indispensáveis à correta aplicação do DdC⁷¹.

Outra característica dos países em vias de desenvolvimento prende-se com a precariedade das *infraestruturas*, as quais muitas vezes pecam pela sua vetustez, inadequação ou insuficiência. Em causa estão não apenas infraestruturas públicas de saneamento, transporte, distribuição de energia e telecomunicações, mas também infraestruturas privadas ligadas à produção e distribuição de bens e serviços⁷².

Além disso, é frequente os países em vias de desenvolvimento (mesmo aqueles que não integravam o bloco dos países socialistas) caracterizarem-se por uma *forte presença do Estado na economia*, seja intervindo diretamente enquanto agente económico através da produção de bens ou a prestação de serviços, seja intervindo de forma indireta através de medidas de fomento, planeamento ou regulação económica em geral⁷³. Esta característica confere uma dimensão muito relevante às restrições da concorrência oriundas do Estado, dado incontornável na configuração do DdC.

Uma consequência indireta da forte presença do Estado é a existência de uma *densa teia regulatória* que atrasa e encarece a circulação dos fatores de produção⁷⁴. Regras excessivamente burocráticas ou complexas nos domínios do direito comercial, societário, laboral, tributário, da insolvência, etc. acabam por elevar os *custos de transação* muito acima do que é usual nos países desenvolvidos e gerar incentivos para comportamentos oportunistas por parte de funcionários e burocratas, os quais se fazem valer de assimetrias de informação e do deficiente funcionamento das instituições para conseguirem extrair rendas adicionais sob o pretexto de facilitar o processamento das transações.

Outro fenómeno frequentemente presente nos países em vias de desenvolvimento é o da *instabilidade política*, ou seja, a predominância de governos de curta duração. Consequentemente, existe um incentivo adicional para que estes governos capitalizem ganhos políticos de curto prazo – de duração

71 Sobre as características dos países em transição para uma economia de mercado e o seu impacto na política de concorrência, ver Kovacic, 2001: 301-310; e também, embora com um enfoque mais específico nas condições que afetam diretamente a aplicação do DdC, Kovacic, 1997-1998: 417-428.

72 Sobre a matéria, ver o estudo empírico apresentado por Oliveira & Fujiwara, 2006: 627-629.

73 Sobre este ponto veja-se Kovacic, 1994-1995: 1203-1206. Para uma distinção entre os diversos tipos de intervenção do Estado na economia, ver Ziekow, 2007: 59 e ss.

74 Ver, entre outros, Gesner & Fujiwara, 2006: 627-629.

inferior ao ciclo eleitoral – em detrimento de políticas de longo prazo (como sucede com a política de concorrência) cujos frutos não estariam ao seu alcance colher. Outra consequência da instabilidade política é a maior suscetibilidade a pressões de interesses privados⁷⁵, seja pelo incentivo em apostar em ganhos de curto prazo, seja pela perspectiva de assegurar rendimentos futuros na transição para o setor privado.

O *sistema judicial* dos países em vias de desenvolvimento também apresenta um conjunto de debilidades, as quais incluem morosidade na administração da justiça, falta de recursos humanos e financeiros, inadequada formação técnica e permeabilidade a influências externas (ausência de garantias de transparência, politização da justiça, corrupção, etc.)⁷⁶.

Importa ainda aludir aos elementos culturais, ou seja, à forma como a concorrência e o mercado são percebidos pela população em geral. Aparte da existência de alguma *desconfiança relativamente ao funcionamento do mercado*, fruto da tutela prolongada exercida pelo Estado sobre a economia⁷⁷, dificilmente encontraremos um *juízo de censura social* relativamente a comportamentos restritivos da concorrência ou recetividade à implantação do DdC. Seja pela total ausência de uma cultura de concorrência associada à juventude do sistema de economia de mercado, seja pela presença de valores sociais que privilegiam o coletivo, a harmonia social, a confiança, a estabilidade e a aversão ao risco⁷⁸, a proibição e sanção de restrições à concorrência poderá esbarrar na incompreensão da população em geral. Ou seja, não basta haver ‘oferta’ de DdC, é igualmente necessário fomentar uma ‘procura’ do DdC por parte do público em geral (consumidores, trabalhadores, empresários), sob pena de as normas de defesa da concorrência não passarem de letra-morta⁷⁹. Ainda sobre este último ponto e a título introdutório de considerações mais desenvolvidas⁸⁰, cumpre referir a importância atribuída por estudos empíricos às

75 Sobre este ponto, ver Dabbah, 2010: 464-465.

76 Sobre os problemas que afligem o sistema judiciário nos países em vias de desenvolvimento ver Cabrillo & Fitzpatrick, 2008: 236-247.

77 A este propósito, ver Kovacic, 1994-1995.

78 Sobre a interação entre a cultura local e a política de concorrência, ver Cheng, 2012: 205-220. Para uma visão mais abrangente e profunda da interação entre cultura, mercado e DdC, ver Fikentscher, 2004.

79 Neste sentido, ver Chowdhury, 2012: 67-90.

80 Ver infra §§ 4 e 5.

condições em que se processa a adoção de legislação de defesa da concorrência⁸¹. Entre os fatores decisivos para o sucesso dos transplantes legais refere-se o *modo* como decorre o processo de transplante, nomeadamente a forma *gradual* como o mesmo decorre e a *familiaridade ou recetividade* da comunidade local às normas recebidas do exterior⁸². De resto, crê-se que a implantação *gradual* do DdC se deve estender a diversos domínios (*comportamentos* restritivos da concorrência e *estruturas* propiciadoras de tais comportamentos) e mesmo à *estrutura institucional* que implementa as normas de defesa da concorrência, como adiante se dará conta.

3.2. Função do DdC nos países em vias de desenvolvimento

a) Pré-condições para a implementação do DdC

Independentemente da concreta configuração das normas de defesa da concorrência, a sua implementação carece da verificação prévia de um conjunto de requisitos mínimos – *pré-condições* – que se prendem com o quadro institucional envolvente (quadro regulatório, sistema judicial, administração pública, etc.) no qual a entidade incumbida da defesa da concorrência irá operar⁸³. As *pré-condições* de que agora se cuida correspondem a requisitos mínimos sem os quais muito dificilmente a adoção do DdC – independentemente da matriz seguida – terá possibilidades de vingar com os efeitos desejados⁸⁴. Em bom

81 Ver, por exemplo, Berkowitz, Pistor & Richard, 2007: 165-195. Curiosamente, os Autores concluem que o tipo de família jurídica de onde provêm as normas transplantadas desempenha um papel menor no sucesso do transplante.

82 Berkowitz, Pistor & Richard, 2007: 165-195. Defendendo também que a adoção de regras de defesa da concorrência se processe de forma *gradual*, implicando um encadeamento de fases sucessivas (criação de instituições e sua consolidação, com um enfoque em atividades complementares à aplicação do DdC; definição de prioridades na aplicação do DdC e sua implementação), ver Kovacic, 1998: 430-446.

83 Ou seja, do que agora se cuida é das instituições *lato sensu*, tal como Douglass C. North as definiu (ver supra nota n.º 45), deixando para momento ulterior o enfoque sobre a instituição incumbida da defesa da concorrência (ver infra § 5). Mas Eleanor Fox refere-se a “*institutional design*” neste último sentido mais restrito; ver Fox, 2009-2010: 473.

84 Alguns autores alertam para a possibilidade de a introdução de regras de defesa da concorrência poder converter-se numa *barreira não-aduaneira* ao comércio, assim como numa forma de o poder político extrair *rendas adicionais* dos agentes económicos através de, por exemplo, uma aplicação seletiva das regras de concorrência. Neste sentido ver, entre outros, Rodriguez & Menon, 2010: 135-136: “*We believe that the fundamental competition problem in developing economies is domestic interest groups’ ability to easily influence government to raise or establish nontariff barriers in response to liberalization policies*”, mais concretamente “[w]hat we argue here is that political pressure or rent-seeking activities, which attempt to influence competition policy decisions directly or indirectly, can subvert the efforts of the enforcement agency in order to serve particular interest groups or single firms”.

rigor, trata-se de *pré-condições* que respeitam não apenas à adoção de qualquer sistema de defesa de concorrência mas também à implantação duradoura da economia de mercado⁸⁵. Estas *pré-condições* têm merecido particular atenção da análise económica do direito⁸⁶, sobretudo na perspetiva do binómio Direito/desenvolvimento ou, de uma forma mais explícita, na perspetiva do Direito como instrumento de desenvolvimento económico⁸⁷. Na sua formulação jurídica, estas *pré-condições* não se reconduzem a um mero conjunto de princípios e regras com dignidade constitucional que versam sobre questões fundamentais relativas à ordem económica – o que equivaleria à noção de *Constituição económica* na sua vertente meramente *formal*⁸⁸ –, mas veiculam antes uma escolha constitucional abrangente que não se reconduz apenas às normas com dignidade constitucional compreendendo a opção fundamental por uma economia fundada nas transações privadas (economia de mercado), incluindo igualmente, a consagração dos mecanismos constitucionais e infra-constitucionais que lhe dão forma e a concretizam⁸⁹. Ora, estas *pré-condições* traduzem igualmente um conjunto de mecanismos infra-constitucionais, mormente institutos de direito privado (direito de propriedade, liberdade contratual e responsabilidade civil), que asseguram o funcionamento da economia de mercado e garantem ao DdC condições mínimas de operacionalidade. Precisamente pelo facto de a generalidade de os países menos desenvolvidos não reunir estes mínimos – não sendo de excluir que alguns países em vias de desenvolvimento não reúnam igualmente este conjunto de *pré-condições* –, a literatura da especialidade tende a

85 Como é referido em Anderson & Müller, 2013: 5, citando Stiglitz: “*Indeed, it is arguable that the promotion of “market-oriented reforms” without such legal and institutional safeguards is a self-defeating strategy that risks undermining support for globalization and the market economy worldwide*”.

86 Ver, por exemplo, Cooter & Schaefer, 2012.

87 Para uma panorâmica das diversas abordagens da literatura ao binómio Direito/desenvolvimento, as quais não se esgotam na análise económica do direito e algumas estão mesmo nos seus antípodas, ver Prado, 2010. Da perspetiva económica, ver Lianos, Mateus & Raslan, 2013: 35-51. Para uma perspetiva global sobre a interação entre Direito e desenvolvimento, mormente na perspetiva do “direito ao desenvolvimento”, ver Paz Ferreira, 2004: 153-200.

88 Sobre o assunto, com numerosas referências à literatura de direito económico (Sousa Franco, 1983), Afonso Vaz, 1998, Paz Ferreira, 2001, entre outros) e de direito constitucional (Moreira, 1979, Gomes Canotilho, 2003, Miranda, 2004, Gomes Canotilho & Moreira, 2007, entre outros) que se tem ocupado da matéria, ver Alves Pardal, 2014: 93 ss.

89 Trata-se de uma aceção de *Constituição económica* tributária do pensamento ordoliberal a qual, afastando-se da perspetiva neutral do mesmo conceito adotada pela Constituição de Weimar (1919), lhe confere um determinado conteúdo (correspondente à opção da coletividade por uma economia de mercado) julgado socialmente benéfico, seja pelo acréscimo dos níveis de bem-estar, seja pela tutela da liberdade individual. Sobre estes pontos, ver Gerber, 1998: 245-246.

desaconselhar a adoção de um regime de defesa da concorrência naqueles casos. Partindo dos contributos de *Glaeser* e *Shleifer* em sede de teoria da regulação, *Mateus*⁹⁰ propõe uma classificação tripartida do nível de desenvolvimento institucional assente na ponderação de três fatores: (i) nível de influência dos interesses privados (*vested interests*) sobre a definição da política económica, (ii) nível de eficiência da administração pública e sistemas regulatórios e (iii) nível de eficiência do sistema judicial. Os países menos desenvolvidos situar-se-iam no nível mais básico de desenvolvimento institucional – o nível 1 –, o qual não ofereceria condições institucionais mínimas para a implantação do DdC, devendo antes nestes casos ser dada prioridade à aposta na promoção de uma cultura de concorrência no âmbito do comércio externo e das políticas industriais⁹¹.

A implantação de um sistema de defesa da concorrência pressupõe a existência de uma *economia de mercado*, ou seja, de um sistema económico fundado na propriedade privada que proceda à alocação de bens e serviços através do mecanismo do preço e do funcionamento das regras da oferta e da procura. No entanto, uma vez que a economia de mercado não se institui por decreto, ou seja, não se basta com meras proclamações constitucionais ou infraconstitucionais – ainda que a sua consagração constitucional e legal seja desejável –, é necessário o concurso de pelo menos três condições adicionais. A primeira é a existência de um sistema que tutele a criação e a circulação de riqueza através do reconhecimento e proteção de *direitos de propriedade (property rights)*⁹². Por outro lado, a circulação de riqueza requer não apenas a instituição e tutela de direitos de propriedade, mas também a criação e manutenção de um sistema que garanta, de forma célere e segura, a realização de *transações* entre agentes económicos: a liberdade contratual em todas as suas manifestações (liberdade de celebração e liberdade de fixação do conteúdo)⁹³. Para que tal suceda, é igual-

90 Ver Mateus, 2010: 275-300; e também Mateus, 2013: 115-136.

91 Mateus, 2013: 115-136.

92 A terminologia empregue não pretende remeter apenas para o direito de propriedade e demais direitos reais de gozo no sentido romano-germanístico, mas antes para a expressão mais abrangente empregue pela literatura económica: “A *property right* is the exclusive authority to determine how a resource is used, whether that resource is owned by government or by individuals. Private property rights have two other attributes in addition to determining the use of a resource. One is the exclusive right to the services of the resource [...]. Finally, a private property right includes the right to delegate, rent, or sell any portion of the rights by exchange or gift at whatever price the owner determines (provided someone is willing to pay that price).” (Alchian, ‘Property Rights’, in AAVV, *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponível online em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/PropertyRights.html>>)

93 Sobre o princípio da liberdade contratual e as suas manifestações no contexto do direito civil português ver, *inter alia*, Almeida Costa, 2000: 205 ss.

mente indispensável o concurso de uma terceira condição, a saber, a existência de um mecanismo institucional apto a garantir o cumprimento dos contratos e a dirimir litígios de forma independente, imparcial e célere – o *sistema judicial*⁹⁴ –, o que pressupõe a existência de mecanismos legais que permitam responsabilizar as pessoas singulares e coletivas pelas suas ações e omissões, mormente em sede contratual e extracontratual (a responsabilidade civil). Estas três pré-condições garantem, na sua globalidade, um mínimo de *estabilidade e fiabilidade* das instituições fundamental para que os agentes económicos possam criar e fazer circular a riqueza através da economia *formal*, isto é, sem ter de recorrer a expedientes que lhes permitam compensar ou substituir as debilidades institucionais⁹⁵. Em regra, os países em vias de desenvolvimento reúnem estas três pré-condições, embora o façam em grau variável conforme o seu posicionamento na escala de desenvolvimento económico, o que explica de resto que a persistência da economia informal seja um dos traços caracterizadores daqueles países ou que o sistema judiciário apresente as debilidades acima descritas.

b) Potenciais benefícios do DdC para os países em vias de desenvolvimento

Ainda que se verifiquem as condições institucionais mínimas para a introdução de regras de defesa da concorrência e antes de avançar para a questão da concreta configuração e implementação destas regras nos países em vias de desenvolvimento, importa esclarecer quais os *benefícios* expetáveis resultantes da adoção de normas de defesa da concorrência. Nesta matéria, convém alargar a análise à interação entre a *política de concorrência*, a qual integra não apenas o DdC e a promoção de uma cultura de concorrência (*competition advocacy*), com outras políticas que visam liberalizar o mercado e que têm um impacto direto ou indireto na concorrência, tais como as políticas de desregulação, privatização e liberalização do comércio externo⁹⁶.

94 Sobre a importância do sistema judicial para o desenvolvimento económico, ver Cabrillo & Fitzpatrick, 2008: 1-3.

95 Sobre este ponto, cfr. Marcos, 2006: 6-8. É de ressaltar a afinidade entre estas pré-condições e os princípios *constitutivos* e *regulatórios* que sustentam a economia de mercado na ótica do pensamento ordoliberal, mormente de *Walter Eucken*; sobre o assunto, ver Gerber, 1998: 232 e ss.

96 Por vezes as expressões “direito da concorrência” e “política da concorrência” são utilizados de forma sinónima (v.g. Motta, 2004), mas no contexto dos países em vias de desenvolvimento afigura-se mais útil adotar uma perspectiva mais ampla de política de concorrência e considerá-la na interação com outras políticas. Neste sentido ver, entre outros, Stewart, Clarke & Joeekes, 2007.

Importa começar por referir que, embora a correlação empírica entre a intensidade na implementação do DdC e o ritmo de crescimento económico não seja unívoca, existem, ao invés, bases sólidas que permitem concluir pela existência de uma correlação positiva entre o empenho dos países na promoção de políticas que visam estimular a intensidade da pressão concorrencial e os resultados económicos obtidos⁹⁷. Em particular, a literatura mais recente na área da economia do desenvolvimento (*development economics*)⁹⁸ tem enfatizado o papel da concorrência na construção e consolidação de instituições que favorecem o crescimento económico, bem como a correlação positiva entre concorrência e desenvolvimento⁹⁹.

À cabeça dos benefícios económicos associados à introdução de regras de concorrência a literatura económica costuma identificar os ganhos de *eficiência*, quer na sua vertente *estática* (maximização dos ganhos de produtores e consumidores num determinado momento temporal), quer *dinâmica* (maximização dos ganhos de produtores e consumidores ao longo do tempo), os quais se traduzem no aumento do nível de bem-estar dos consumidores (*consumer welfare*)¹⁰⁰ e da sociedade em geral (*total welfare*). No entanto, a produção destes benefícios ocorre num horizonte de longo prazo próprio da implementação de uma política de concorrência – algo que nem sempre é tido na devida conta¹⁰¹ – através da atuação persistente e bem-sucedida da entidade encarregue da defesa da concorrência, cujo *track-record* é fundamental não só para a sua credibilização mas também para que o DdC produza um efeito dissuasor sobre os

97 “Much to the chagrin of competition law enforcement officials, it must be said that there are no convincing macroeconomic studies demonstrating the existence of a positive and strong correlation between the intensity of competition law enforcement and the rate of economic growth (in developed or developing countries). However, there is a fair amount of evidence that countries which engage in proactive competition policies designed to increase the intensity of competitive pressures (open trade and investment policies, regulatory reform etc.) tend to fare better than other countries.” (Jenny, 2006: 110-111). Importa referir que, de entre as possíveis explicações para esta constatação empírica, o Autor aponta para a dificuldade de medir o grau de intensidade na implementação do DdC, especialmente tendo em conta que os correspondentes resultados apenas se produzem no longo prazo (Jenny, 2006: 110-111).

98 Para uma visão global da literatura sobre economia do desenvolvimento, ver Paz Ferreira, 2004: 45 ss.

99 Sobre estes dois aspetos, ver Lianos, Mateus & Raslan, 2013: 45-50.

100 Sobre os conceitos de eficiência *estática* e eficiência *dinâmica* ver, por exemplo, Schwalbe & Zimmer, 2009: 3-10.

101 Como bem refere Kovacic (Kovacic, 1997-1998: 408), os países desenvolvidos por vezes parecem presumir que os países em vias de desenvolvimento já dispõem da estrutura institucional necessária à aplicação do DdC, enquanto parecem esquecer a sua própria experiência na implementação de regras de defesa da concorrência e o tempo que a mesma exigiu.

infratores e para o próprio enraizamento de uma cultura de concorrência junto do público em geral¹⁰². Embora a preocupação central subjacente ao DdC seja, direta ou indiretamente, o impacto negativo das práticas anticoncorrenciais na eficiência e consequentemente no bem-estar dos consumidores e da sociedade em geral, o DdC no contexto dos países em vias de desenvolvimento não deve ser indiferente ao impacto *redistributivo* das práticas anticoncorrenciais¹⁰³. Se os comportamentos restritivos da concorrência têm implicações na *transferência de riqueza* dos consumidores para os produtores, decorre desse facto que a aplicação do DdC tem necessariamente um impacto na correção dessas transferências¹⁰⁴. Esse impacto do DdC pode assumir múltiplas formas. Mencionem-se, a título de exemplo, a delimitação do âmbito de aplicação das normas de defesa da concorrência (uma isenção pode servir para sancionar uma transferência de riqueza tida por desejável), a apreciação substantiva dos comportamentos à luz das normas de defesa da concorrência (a deteção e apreciação de um comportamento pode ter por base uma transferência de riqueza tida por socialmente indesejável) ou a seleção do tipo de justificações aceites pelo DdC (razões de ordem social ou ambiental podem ser aceites como justificações para certos comportamentos anticoncorrenciais)¹⁰⁵. Poder-se-ia ainda acrescentar que o impacto *redistributivo* das restrições da concorrência pode ser tomado em consideração na determinação do montante e destino das sanções pecuniárias aplicadas à(s) empresa(s) infratora(s)¹⁰⁶. Estas considerações servem para ilustrar o ponto de que, se as questões redistributivas não estão ausentes do DdC

102 Neste sentido, ver Jenny, 2006: 111.

103 A literatura, especialmente a económica, demonstra um compreensível comedimento em entrar por considerações *normativas* de ordem *redistributiva*, preferindo referir-se às perdas de eficiência (estática e dinâmica) ocasionadas pelos comportamentos anticoncorrenciais e, apenas indiretamente, ao impacto de tais comportamentos na transferência de riqueza entre agentes económicos. Ver, por exemplo, Motta, 2004: 38-89. De todo o modo, as questões redistributivas não têm de estar ligadas a questões de ordem política ou social no sentido de se impor aos agentes económicos um determinado comportamento concorrencial tendo em vista a obtenção de um determinado resultado redistributivo; veja-se o tratamento da questão, alinhando questões redistributivas e de eficiência, em Lande, 1982: 65-151.

104 Focando a importância deste aspeto no desenvolvimento do modelo norte-americano de DdC, ver Morais, 2009a: 69.

105 Neste sentido, ver Odudu, 2007: 605-621. Reportando-nos apenas ao contexto europeu, pense-se na não aplicação do DdC à negociação coletiva através da sua exclusão do âmbito das “atividades económicas”, na proibição do abuso de posição dominante sob a forma de preços excessivos cobrados aos consumidores ou na justificação de práticas anticoncorrenciais à luz de considerações ambientais. Sobre estes pontos ver, em geral, Mestmäcker & Schweitzer, 2014.

106 Trata-se uma solução seguida pela lei sul-africana de defesa da concorrência. Para maiores detalhes, ver Bonakele & Mncube, 2012.

nos países desenvolvidos, por maioria de razão dir-se-á que, atentos os níveis de concentração económica e as significativas assimetrias sócio-económicas, a implantação do DdC nos países em vias de desenvolvimento não se poderá fazer, *rectius* não se poderá fazer de forma *eficaz*, à margem de considerações sobre o impacto redistributivo das práticas restritivas da concorrência e das consequências negativas para o bem-estar dos consumidores¹⁰⁷.

Alargando agora a perspetiva sobre os potenciais benefícios do DdC a outras políticas que com este podem interagir de modo particularmente frutuoso, importa começar pela liberalização do comércio externo. Com efeito, a experiência tem demonstrado existir uma interação entre comércio livre¹⁰⁸ e livre concorrência que se manifesta não apenas no círculo virtuoso entre ambos (o livre comércio fomenta a concorrência interna e as regras de concorrência favorecem o livre comércio), como no papel do DdC na prevenção e repressão de comportamentos anticoncorrenciais adotados – pelo menos formalmente – por privados e que substituem as barreiras aduaneiras (direitos aduaneiros) e não-aduaneiras (restrições quantitativas, quotas, etc.) erigidas pelos Estados¹⁰⁹. Tais comportamentos anticoncorrenciais consubstanciam barreiras privadas ao comércio internacional, pelo que sem a sua efetiva repressão os benefícios económicos associados à liberalização do comércio não poderão ser plenamente aproveitados pelos países em vias desenvolvimento¹¹⁰. Pense-se na hipótese de uma empresa ou conjunto de empresas domésticas restringir o acesso de empresas estrangeiras ao sistema de distribuição¹¹¹ ou ainda, agora na pers-

107 Sobre a questão, ver Ezrachi, 2013: 199-211.

108 Por “comércio livre” referimo-nos genericamente à liberalização do comércio internacional e não especificamente a um particular estágio de integração económica no seio de blocos regionais (união aduaneira, zona de comércio livre, mercado comum, mercado interno, união económica e monetária). Sobre o assunto ver, por exemplo, Behrens, 1981: 8; e também Porto, 2009: 215 ss. Sobre o contributo da OMC para o desenvolvimento económico, ver Paz Ferreira, 2004: 307-333.

109 Sobre estes aspetos, ver Fox & Arena, 2010: 451-452; e também, na perspetiva da inclusão de normas de defesa da concorrência em sede de OMC, ver Hoekman & Mavroidis, 2002.

110 Aliás, e como bem refere Gal, a liberalização do comércio pode mesmo reforçar a necessidade de adoptar normas de defesa da concorrência “*as the liberalization process has entailed in many developing economies the displacement and closing down of many small and medium local enterprises, and has led to market dominance of a few firms through unilateral or coordinated conduct (Khemani 1996, 107)*” (Gal, 2004: 4).

111 O exemplo teve, de resto, tradução na queixa apresentada pelo Governo norte-americano em representação da Kodak contra um conjunto de medidas regulatórias adotadas pelo Japão cujo efeito prático era restringir o acesso ao mercado japonês de película e papel fotográfico produzidos pela Kodak, permitindo assim que a principal concorrente desta – a japonesa Fuji – induzisse os distribuidores japoneses a não comercializarem produtos importados, entre os quais os da Kodak. O resultado prático da legislação

petiva inversa, na hipótese do chamado cartel de exportação, cuja atuação concertada visa aumentar o preço dos produtos ou serviços transacionados nos mercados de exportação¹¹². A situação poderá ser ainda mais complexa se pensarmos em comportamentos anticoncorrenciais *híbridos*, isto é, comportamentos omissivos ou comissivos adotados pelo Estado e que visam encobrir ou encorajar comportamentos restritivos da concorrência adotados por privados¹¹³. Pense-se, por exemplo, em situações de apoio – financeiro, regulatório – aos campeões nacionais ou na cartelização por iniciativa ou imposição estadual. A *complementaridade* entre a política de liberalização do comércio e a de defesa da concorrência tem sido evidenciada nos diferentes processos de integração económica regional, embora não constitua necessariamente a sua única força motriz. O exemplo porventura mais evidente e bem-sucedido é o da União Europeia, a qual começou por ser um projeto de integração económica regional – a Comunidade Económica Europeia – e setorial – a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e a Comunidade Europeia da Energia Atómica – e na qual o aprofundamento da integração dos mercados tem repousado no binómio liberdades de circulação/defesa da concorrência¹¹⁴. Ora, a preocupação de assegurar a defesa da concorrência no contexto de projetos de integração económica regional não se cinge ao espaço europeu – refira-se, a título de exemplo o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)¹¹⁵, a Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (ECOWAS/CEDEAO), o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA) ou a Comunidade Andina¹¹⁶ –, embora

japonesa era, no entender do Governo norte-americano que não mereceu o apoio do Painel que dirimiu a disputa comercial, anular ou restringir os benefícios decorrentes do GATT. Os elementos relativos a este caso (DS44 – *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*) encontram-se disponíveis em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds44sum_e.pdf.

112 Ver Hoekman & Mavroidis, 2002: 9-14.

113 Sobre este ponto, ver Fox & Arena, 2010: 452.

114 Sobre a interação entre o aprofundamento da integração económica e as regras de defesa da concorrência, ver Baquero Cruz, 2002.

115 As normas de defesa da concorrência do MERCOSUL constavam originalmente do Protocolo de Fortaleza (1996), entretanto substituído pelo Acordo de Defesa da Concorrência no Mercosul (Mercosul/CMC/Dec. n.º 43/10, disponível *online* em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/index_en.html). Sobre as regras de concorrência no Protocolo de Fortaleza ver Tomé Feteira, 2010: 291-316.

116 Sobre a interação entre a política de concorrência e os fenómenos de integração regional, com especial incidência nos países em vias de desenvolvimento, ver os contributos reunidos em Drexler, Bakhoun, Fox, Gal & Gerber, 2012 (2012).

a liberalização do comércio no seio de blocos regionais não constitua a única motivação para a introdução de regras de defesa da concorrência¹¹⁷.

Importa ainda aludir a dois pontos adicionais que militam a favor da necessidade dos países em vias de desenvolvimento introduzirem normas de defesa da concorrência no contexto de políticas que interagem de perto com a política de concorrência. O primeiro desses pontos prende-se com as alterações estruturais na economia provocadas pelas políticas de *privatização e desregulação* e que carecem de ser complementados com a adopção de normas que previnam a substituição dos monopólios públicos por privados¹¹⁸. O segundo ponto prende-se com os efeitos diretos e indiretos da *onda internacional de fusões e aquisições*¹¹⁹ que remonta à segunda metade da década de noventa do século passado: por um lado, a aquisição de empresas domésticas por multinacionais pode suscitar problemas relacionados com o abuso de uma eventual posição dominante no mercado doméstico; por outro lado, mesmo nos casos em que a concentração não afeta diretamente o país em vias de desenvolvimento, a mesma poderá ainda assim ter um impacto negativo na contestabilidade de mercados onde empresas domésticas pretendam entrar¹²⁰.

IV. PERSPETIVA INTERNA (I): CONFIGURAÇÃO (*DESIGN*) DO DDC

4.1. Introdução

A adoção de regras de defesa da concorrência em jurisdições com pouca ou nenhuma tradição na matéria requer especiais cuidados quer na fase da (i) *configuração (design)* das normas, quer na da sua (ii) *implementação (enforcement)*. Importa antes de mais clarificar que as especificidades da configuração e implementação de normas de defesa da concorrência são atribuíveis ao contexto sócio-económico, político e cultural – institucional *lato sensu* – e não propriamente à análise económica *positiva* que lhe está subjacente¹²¹.

117 Ver infra § 6.

118 Neste sentido, ver Singh, 2002: 8-9; e também du Plessis, Lurie & van Buuren, 2011: 11-14.

119 Singh, 2002: 12-15. Neste sentido, ver também Gal, 2004: 4.

120 Os efeitos diretos e indiretos nos países em vias de desenvolvimento das fusões e aquisições internacionais levantam outro tipo de questões que serão abordadas infra (§ 6) e que se prendem com a necessidade de adoptar mecanismos internacionais de cooperação, harmonização ou convergência, no quadro multilateral ou unilateral, para lidar com os aspetos multijurisdicionais das práticas anticoncorrenciais.

121 No mesmo sentido, embora em contexto diverso, ver Gal, 2003: 46 e ss.

A razão de chamar à colação a destrição entre as dimensões *positiva* e *normativa* da ciência económica¹²² visa confinar o debate económico em torno do DdC nos países em vias de desenvolvimento ao campo da *normative economics* (dever-ser), salvaguardando assim o campo da *positive economics* (ser). A destrição entre ambas as dimensões e respetivo alcance pode ser ilustrado através dos seguintes exemplos: enquanto as leis da oferta e da procura funcionam do mesmo modo nos EUA, em França, na China ou no Togo (*positive economics*)¹²³, já será passível de debate se o DdC nos países em vias de desenvolvimento deve prosseguir unicamente o bem-estar (total ou dos consumidores, dependendo da versão) e/ou outros fins *imediatos* usualmente arredados das considerações da *mainstream economics*, como a promoção do desenvolvimento e o combate à pobreza (*normative economics*)¹²⁴. Ambas as questões são importantes e estão interligadas, mas o debate em torno de cada uma delas é de natureza diversa, pelo que razões de clareza analítica recomendam a sua destrição e análise em momentos diversos. Assim, enquanto a questão *normativa* deve ser abordada no contexto da configuração das normas de defesa da concorrência, uma vez que é nesta sede que a questão dos *fins* deverá ser primordialmente abordada, a questão *positiva* deve ser guardada para o momento da implementação do DdC porquanto é nesta fase que se colocam com maior acuidade as questões relativas à análise económica que deve suportar a aplicação do DdC. Com efeito, é em sede de implementação do DdC que sobressaem as debilidades institucionais que afligem os países em vias de

122 Introduzida por *John Neville Keynes* [pai de John Maynard Keynes] na obra *The Scope and Method of Political Economy*, a distinção compreendia originalmente três elementos: “a *positive science*...[,] a *body of systematized knowledge concerning what is*; a *normative or regulative science*...[,] a *body of systematized knowledge discussing criteria of what ought to be*...; an *art*...[,] a *system of rules for the attainment of a given end*” (citado por Milton Friedman, “The Methodology of Positive Economics”, reimpresso in Hausman, 2008: 145).

123 Ou, como refere, Bakhoun: “A *hard-core cartel or an abuse of dominant position has the same effects on consumer welfare regardless of whether it takes place in a developed or in a developing jurisdiction, a small market economy or a large economy, in a national or regional market. Pursuing efficiency in its static and dynamic approach makes economical sense for a developed and a developing economy*” (Bakhoun, 2011: 498).

124 Não significa, todavia, que estes fins não sejam ponderados enquanto fins *mediatos* do DdC. Sobre as opções normativas subjacentes à abordagem preponderante da *welfare economics* e a necessidade de distinguir entre as dimensões *positiva* e *normativa* na ciência económica, ver Hausman & McPherson, 2008: 226 ss. Embora o debate esteja atualmente mais pacificado, cumpre relembrar que as vias para o desenvolvimento económico nem sempre passaram pela *mainstream economics*; exemplo disso foi a corrente *desenvolvimentista* (na qual pontificam nomes como Raúl Prebisch e Celso Furtado) que medrou na América Latina na segunda metade do século transato. Sobre a evolução e ‘pacificação’ da *development economics*, ver Lianos, Mateus & Raslan, 2013.

desenvolvimento, as quais abrangem desde a escassez de recursos humanos e financeiros necessários à adequada aplicação das normas de concorrência pela entidade nacional de defesa da concorrência (ENDC)¹²⁵ até à impreparação do sistema judicial para apreciar ou reapreciar (dependendo do modelo institucional selecionado)¹²⁶ as questões jusconcorrenciais. Deste modo, enquanto a dimensão *normativa* convoca questões sobre os *fins* do DdC, questões que têm de ser primeiro ponderadas no momento em que as normas são criadas embora não deixem de se projetar no momento da sua interpretação e aplicação, a dimensão *positiva* prefigura-se no momento legiferante mas manifesta-se com maior urgência na fase de *implementação* das normas, porquanto é neste momento que os operadores jurídicos se deparam com maior premência com a necessidade de analisar os comportamentos ou as estruturas do mercado à luz da análise económica.

Nas linhas que se seguem tratar-se-á, em primeiro lugar, da *configuração* das normas de defesa da concorrência, começando por uma ponderação dos *objetivos* que o DdC deve prosseguir, matéria que fundamentalmente nos remete para o (suposto) binómio *desenvolvimento v. concorrência*. Tratada esta questão, importa identificar os *comportamentos* e as *estruturas* que as normas de defesa da concorrência visam, respetivamente, reprimir e prevenir. No que respeita aos *comportamentos* anticoncorrenciais, importa distinguir (i) as diversas formas de cooperação entre empresas restritivas da concorrência (acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, na terminologia do artigo 101.º do TFUE ou contratos, combinações e conspirações restritivas do comércio, na terminologia da secção 1 do *Sherman Antitrust Act*) e (ii) os comportamentos unilaterais, seja em sede de monopolização ou tentativa de monopolização (secção 2 do *Sherman Antitrust Act*), seja em sede de abuso de posição dominante (artigo 102.º do TFUE).

No domínio da *implementação* do DdC, o escopo e a dimensão do presente trabalho aconselham a que nos centremos na questão da arquitetura *institucional* da ENDC, embora não se desconheça que esta se integra em, e interage com, uma rede mais vasta que engloba instituições políticas, jurisdicionais e administrativas. Dentro dos aspetos institucionais respeitante à ENDC avulta

125 Ainda que porventura a designação não seja a mais feliz, a utilização do acrónimo tem a vantagem de evitar repetições excessivas da expressão. Em todo o caso, procurou-se uma designação tão neutral quanto possível para abarcar múltiplas possibilidades de configuração da referida entidade.

126 Sobre esta questão, que será abordada infra, ver Trebilcock & Iacobucci, 2002: 361-394.

a problemática da configuração e funcionamento desta entidade e que se traduz em questões como a opção entre um sistema integrado do tipo europeu – em que a decisão e execução cabe num primeiro momento à ENDC – ou um sistema que requeira a intervenção de uma autoridade judicial (especializada ou não) para a execução da decisão proferida pela entidade administrativa¹²⁷. Por outro lado, avultam questões relativas às salvaguardas que devem rodear a arquitetura institucional – qualquer que ela seja – e a atuação da ENDC no contexto dos países em vias de desenvolvimento.

A sequência pela qual as questões foram enunciadas traduz uma ordem lógica na análise do problema mas não necessariamente a hierarquia dos problemas. Como referido anteriormente, a circunstância de numerosos países em vias de desenvolvimento terem adotado normas de defesa da concorrência que pouca ou nenhuma relevância prática têm parece apontar para a preponderância dos problemas relativos à *implementação*¹²⁸, mas a verdade é que esta problemática é indissociável das questões que se prendem com a *configuração* dos sistemas de defesa da concorrência. Atenta a rejeição de uma perspetiva “*one-size fits all*” do DdC, que de resto hoje já muito poucos perfilham¹²⁹, pretende-se tão-somente avançar pistas de reflexão para possíveis soluções para os diversos problemas que os países em vias de desenvolvimento enfrentam no âmbito da configuração e implementação do DdC tomando por base um conjunto de características que estes, em maior ou menor grau, partilham.

4.2. Configuração (*Design*) das normas jusconcorrenciais

a) *A questão dos objetivos do DdC: desenvolvimento e eficiência*

A oposição entre *desenvolvimento* e *eficiência* como objetivos do DdC tem a sua origem nas reticências manifestadas por alguns países em vias desenvol-

127 A primeira opção corresponde ao modelo do DdC europeu e o segundo ao do *antitrust* norte-americano; sobre estas opções, ver Fox & Trebilcock, 2010: 5-6.

128 A atestar a enorme relevância prática do problema da *implementação* do DdC, vejam-se os numerosos estudos realizados pela ICN sobre temas como a eficácia da ENDC's, *capacity building* e a implementação da política de concorrência. Estes estudos encontram-se disponíveis em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>.

129 Mesmo a visão ‘absolutista’ de George L. Priest (Priest, 2013: 79-89) em favor do ‘*one size fits all*’ (no caso em apreço, o *antitrust* norte-americano) assume um caráter intencionalmente provocatório e, mais do que defender a existência de *uma* versão de DdC adequada a todos os países, o autor questiona a adoção de versões *light* do DdC sem o correspondente suporte teórico e empírico que sustente as especificidades dos países em vias de desenvolvimento e que suporte a exequibilidade e justificação de tal modelo.

vimento à introdução de normas de defesa da concorrência num contexto de liberalização do comércio mundial. Com efeito, a ligação do DdC ao processo de liberalização do comércio mundial prende-se não apenas com o contexto em que os países em vias de desenvolvimento adotaram normas de defesa da concorrência (como pré-condição para a implementação de acordos de comércio livre ou de integração económica regional ou para o acesso a recursos financeiros disponibilizados por instituições internacionais), mas também pela relevância que o tópico da concorrência assumiu nas negociações que decorreram sob a égide da OMC as quais, ainda que tivessem ficado muito aquém de instituírem um direito internacional da concorrência (*global antitrust law*), não deixaram de ter alguma tradução prática em diversas normas¹³⁰. Compreende-se assim que, num primeiro momento, tenham sido os países em vias de desenvolvimento a articular a oposição entre desenvolvimento e eficiência no âmbito da sua oposição à ‘importação’ de normas de defesa da concorrência de benefícios tidos por incertos, no contexto já de si adverso de liberalização do comércio internacional e cuja implementação requeria, na esmagadora maioria dos casos, um investimento considerável na criação de uma estrutura institucional de raiz¹³¹. Em causa estaria a alegada incompatibilidade entre um DdC virado para a promoção da eficiência e estratégias de desenvolvimento que passariam, por exemplo, pela proteção de indústrias nascentes e de campeões nacionais, pela subvenção das exportações como forma de promoção do crescimento económico e redução da dependência económica exterior ou pela proteção das empresas estatais e para-estatais como instrumento de intervenção económica e solução para putativas falhas de mercado¹³². Em causa estariam ainda os custos sociais do DdC resultantes da eliminação de empresas economicamente ineficientes e do consequente aumento da taxa de desemprego no curto prazo (“custos de ajustamento”)¹³³.

130 Exemplo disso é o artigo 40.º do Acordo TRIPS sobre práticas anticoncorrenciais relativas a direitos de propriedade intelectual com um efeito restritivo sobre o comércio e na transferência e disseminação de tecnologia. Sobre a matéria ver Tomé Feteira, 2013: 104-108.

131 Referindo-se às razões extrínsecas (*leverage* negocial) e intrínsecas (má experiência com o Acordo TRIPS; custos associados à introdução de regras de concorrência) para a oposição dos países em vias de desenvolvimento à instituição de regras de concorrência mais abrangentes no seio da OMC, ver Drexler, 2004: 435-437.

132 Sobre estes pontos, ver Kronthaler, 2007a: 32-46.

133 Kronthaler, 2007a: 51-52.

No âmbito dos países em vias de desenvolvimento, a discussão em torno destes dois objetivos aparentemente contraditórios – eficiência e desenvolvimento – tem sido articulada em termos de saber se o DdC deve prosseguir objetivos estritamente económicos, o que na perspetiva dominante da *welfare economics* significa eficiência¹³⁴, ou se deve incluir também objetivos não económicos¹³⁵. No caso dos países em vias de desenvolvimento os objetivos não económicos refletem naturalmente os problemas que os afligem com maior acuidade e incluem a redistribuição da riqueza, o combate à pobreza, a diminuição de assimetrias sócio-económicas, a promoção do emprego, etc.¹³⁶. Afigura-se, no entanto, que a discussão em torno da dicotomia desenvolvimento/eficiência ganha em ser perspetivada não como uma simples manifestação das preocupações que afligem os países em vias de desenvolvimento – as quais devem perpassar qualquer DdC que pretenda afirmar-se como um corpo de normas efetivamente aplicado –, mas como o reflexo de um debate mais abrangente que tem acompanhado a história do DdC e que consiste na conciliação entre valores *liberdade e igualdade* sob a égide do DdC¹³⁷. Ora, nesta perspetiva, a visão do *antitrust* que tem prevalecido nos EUA desde a década de 70 sob a influência da Escola de Chicago e com as correções introduzidas pelas correntes pós-Chicago¹³⁸ privilegia claramente a liberdade em detrimento da igualdade ao identificar a defesa da eficiência económica como o fim *imediat*o do DdC e a promoção do bem-estar económico – seja na versão de *total welfare*, seja na versão de *consumer welfare* – como o fim *mediato* prosseguido através da defesa da eficiência económica¹³⁹. Já a ênfase do DdC europeu na proteção do

134 Ver Hausman & McPherson, 2008: 226 ss.

135 Ver, por exemplo, Bakhoun, 2012.

136 Um dos primeiros autores a tratar explicitamente da matéria foi Eleanor M. Fox em Fox, 2007. Ver também Bakhoun, 2012: 412-413.

137 Para uma introdução ao tema, ver por todos Schweitzer, 2012: 169-181; e também Morais, 2009a: 59 e ss.

138 Sobre a evolução da política de concorrência nos EUA da década de setenta à de noventa do século passado, ver Peritz, 2000: 258 ss.

139 Sobre a distinção entre *total welfare* e *consumer welfare* e a sua relevância para DdC ver, *inter alia*, Fox, 2008: pp 77 ss. Embora a promoção do bem-estar através da eficiência económica seja característica do *antitrust* norte-americano, a *more economic approach* defendida pela Comissão Europeia tem procurado acentuar esta dimensão do DdC europeu com algum apoio da parte do Tribunal Geral mas não do Tribunal de Justiça (ver as referências jurisprudenciais citadas por Schweitzer, 2012: 172-174). Com efeito, este último tem via de regra reafirmado o entendimento tradicional no DdC europeu de que o objetivo precípua reside na tutela do processo concorrencial, do qual resultariam – mediadamente – ganhos de eficiência e a promoção do bem-estar económico.

processo concorrencial – ênfase que, de resto, lhe valeu a acusação de se preocupar mais com os concorrentes do que com a concorrência¹⁴⁰ –, assentava numa visão mais equilibrada dos valores igualdade e liberdade que a *europização* dos DdC nacionais e, mais especificamente, a *more economic approach*, têm vindo a alterar em favor da última. Em qualquer caso, tal como a combinação entre liberdade e igualdade tem variado ao longo dos tempos sem que nenhum dos termos neutralize por completo o outro, também não parece que faça sentido opor eficiência a desenvolvimento como termos que se excluem mutuamente. Afigura-se antes mais produtivo perspetivar – de resto com dados empíricos que suportam esta conclusão – o valor eficiência como *indutor* de bem-estar dos consumidores e, conseqüentemente, de desenvolvimento económico, para a partir daí se discutir em que medida é desejável promover a prossecução *direta* pelo DdC de fins de desenvolvimento económico ou se, pelo contrário, esse papel deve ser sobretudo *indireto*.

Colocada nestes termos, a questão que se segue não é tanto a de saber se o moderno DdC tal como é aplicado nos EUA e na UE comporta esta ‘dupla linguagem’¹⁴¹ da eficiência e do desenvolvimento, mas antes a de saber *em que termos* se deve processar o *trade-off* entre eficiência e desenvolvimento na configuração e implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento. O *trade-off* resulta da tentativa de conciliar ambos os objetivos e da cedência de objetivos de eficiência a objetivos de desenvolvimento ou vice-versa. Esta cedência, que é dinâmica e que se deseja parcial e transitória – afinal, que trata-se é de conciliar eficiência e desenvolvimento e não de obliterar um dos elementos da equação – justificar-se-á tanto mais na medida em os benefícios resultantes do DdC compensem eventuais perdas de eficiência¹⁴². Tal parece ser o caso dos países em vias de desenvolvimento, sobretudo numa fase inicial em que o papel da *advocacy* do DdC junto das instâncias governamentais e, não esquecer, junto do público em geral, é fundamental para a afirmação e enraizamento do ordenamento jusconcorrencial. Como bem refere Gal:

140 Ver, por exemplo, Schweitzer & Patel, 2013: 207-230.

141 A expressão foi retirada de Bakhoun, 2011: 495-522. O mesmo Autor afirma que “[w]ith an efficiency approach to competition law, ‘non-economic considerations’ and a ‘development approach’ are at odds with the theory and practice of modern antitrust” (Bakhoun, 2011: 500).

142 Do ponto de vista empírico, não há uma solução ideal; quanto muito haverá uma solução *ótima*, aquela que corresponder às preferências (e valores) dos destinatários. Sobre este ponto, ver Kerber, 2007: 119. Poder-se-ia invocar neste sentido o critério de eficiência defendido por *Kaldor-Hicks*; sobre este critério, ver a correspondente entrada em Parisi, 2013: 219-220.

*“A mixed approach to antitrust, while creating costs in loss of efficiency, especially for small economies (Gal 2003), may be justified in those developing economies in which a purist approach might prevent societal acceptance and disintegrate the social fabric. This is particularly important where economic efficiency considerations alone would strengthen or maintain existing wealth disparities, especially where it parallels a racial divide [...] Thus, the goals of competition law may, in some cases, need to be broadened to include distributional effects, which may be an important factor in the social welfare function. Such social policies may be especially important in the first years of transition to a more competitive economy (APEC 1999, 37) and may then be changed to be more efficiency-oriented. Thus in some settings, competition law enforcement should not be blind to societal failures which might be even more important than market failures.”*¹⁴³ [ênfase a itálico nosso]

Quer isto dizer que, sem prejuízo da validade teórica das considerações que suportam o papel da eficiência na promoção do bem-estar económico, é a obtenção de resultados *palpáveis* – i.e. com impacto de curto ou médio prazo no bem-estar das comunidades locais – e *duradouros* na aplicação das regras de concorrência que se revela decisivo para evitar que, em prol de resultados de longo-prazo, o DdC acabe votado à irrelevância. Ora, em contextos de fragilidade institucional e de escassa tradição na defesa da concorrência, afigura-se que a demonstração de que o DdC pode produzir efeitos económicos benéficos não deve depender (apenas) de raciocínios económicos mais ou menos sofisticados cuja visibilidade nos remete para um horizonte de longo prazo e cuja compreensão não está ao alcance da esmagadora maioria da população, mas deve assentar sobretudo na produção de um impacto positivo visível de curto ou médio prazo nas condições de vida dos indivíduos na sua dupla qualidade de produtores e consumidores¹⁴⁴. Ora, este impacto de curto ou médio prazo prende-se com a identificação de áreas de atuação *prioritárias* em razão do seu impacto nas camadas mais desfavorecidas e para cuja identificação se revela de grande utilidade a realização de estudos do mercado e de inquéritos setoriais

143 Gal, 2004: 7-8.

144 A questão subjacente pode ser comparada à contraposição entre a economia clássica e a economia keynesiana: Keynes admitia que no longo prazo a abordagem da economia clássica podia revelar-se a mais adequada; o problema, todavia, é que como o próprio reconheceu *“in the long run we are all dead”*. Sobre este ponto, ver a crónica de Paul Krugman *“Vulgar Keynesians”*, reimpressa in Krugman, 1999: 28-33.

e que devem ser sujeitos a avaliação periódica, a exemplo do que sucedeu na África do Sul¹⁴⁵.

Em todo o caso, importa contextualizar a verdadeira dimensão do ‘fosso’ que separa os defensores da abordagem desenvolvimentista da visão *mainstream* do DdC, já que a maioria daqueles que defendem uma abordagem ao DdC centrada nas “*societal failures*” e no desenvolvimento económico raramente vão além de algumas considerações gerais sobre a necessidade de incluir preocupações distributivas e de inclusão económica¹⁴⁶ ou sobre a necessidade de compatibilizar a intensidade da concorrência com o estágio de desenvolvimento económico do país¹⁴⁷. No mais, do que se trata é de adaptar a aplicação das normas de defesa de concorrência ao contexto específico dos países em vias de desenvolvimento, seja no que respeita às questões jusconcorrenciais com maior impacto nas comunidades locais, seja no que tange à idealização da estrutura institucional adequada para prosseguir este fim. No mais, como Bakhoun reconhece, “[t]he difference would be less in the substance than on how the law is applied”¹⁴⁸. Se outras razões não houvesse, sempre a escassez de recursos humanos e financeiros e a ausência de tradição em matéria jusconcorrencial desaconselhariam fortemente os países em vias de desenvolvimento de embarcar em experimentalismos mais ou menos radicais na área do DdC, desperdiçando a experiência acumuladas pelo *antitrust* norte-americano e pelo DdC europeu¹⁴⁹. O exemplo da África do Sul, cuja lei de defesa da concorrência alia a promoção da competitividade a preocupações de ordem social, nomeadamente as de promoção de uma maioria rática historicamente discriminada e economicamente desfavorecida, sem no entanto se afastar radicalmente de soluções consagradas noutros ordenamentos, costuma a justo título ser apontado como um exemplo de harmonização bem sucedida entre fins de eficiência e outro tipo de preocupações registadas nos países em vias de desenvolvi-

145 Sobre a experiência sul-africana ver Weeks, 2012: 200-202.

146 Neste sentido, ver Bakhoun, 2011: 18 ss; Fox, 2007: 223 ss.

147 Neste sentido ver Singh, 2002: 15-18, que aponta para a necessidade de uma abordagem *second best*, i.e. que não vise a máxima concorrência no mercado mas antes a concorrência possível compatível com objetivos de crescimento económico sustentado, ainda que para tal tenham de ser toleradas algumas formas de cooperação entre agentes económicos.

148 Bakhoun, 2011: 520.

149 O ponto é também referido por Fox, 2007: 231, a qual refere também que a adopção de normas de defesa da concorrência reconhecidas internacionalmente pode facilitar o investimento estrangeiro.

mento¹⁵⁰. Outro exemplo, porventura menos evidente mas igualmente relevante é o da Turquia, cuja lei da concorrência prossegue – se não na letra da lei, pelo menos no seu enquadramento normativo e na sua aplicação prática – objetivos de bem-estar social (*social welfare*)¹⁵¹. Por outro lado, cumpre reconhecer que, como bem refere Morais¹⁵², “*against this broad teleological program, which, one may add, tends to be found in some economies in transition adopting ‘ex novo’ competition rules, some degree of ambiguity and even uncertainty has emerged as regards the boundaries of competition law and policy*”.

b) DdC e algumas considerações de legística

Os aspetos que caracterizam os países em vias de desenvolvimento não devem ser deixados de ser levados em conta no momento de elaboração das normas e recomendam que o legislador defina com clareza *objetivos e prioridades*, bem como opte por regras *concisas e acessíveis* para a implementação desses objetivos e prioridades¹⁵³. Uma vez que a questão dos objetivos foi abordada no ponto precedente, importa nesta sede referir a necessidade de não sobrecarregar as normas jusconcorrenciais com a prossecução de múltiplos objetivos, ainda que aparentemente próximos da defesa da concorrência (pense-se no caso da tutela do consumidor ou da concorrência desleal). Com efeito, a consagração de múltiplos objetivos não só oferece a possibilidade de atuações contraditórias como também obscurece as prioridades de atuação da ENDC¹⁵⁴. No que tange à formulação das normas há, desde logo, que contar com a escassez de recursos humanos (em termos quantitativos e qualitativos) e financeiros, a qual recomenda a adoção de normas cuja interpretação e aplicação não se revele

150 Ver, entre outros, Bakhoun, 2012: 413 (“*Although economists are reluctant to assign ‘non-economic goals’ to competition law, young jurisdictions such as South Africa seem to experience a successful marriage of economic and non-economic goals in their competition policy*”). Problema distinto é o de saber em que moldes poderia o exemplo de sucesso da África do Sul ser ‘exportado’, nomeadamente no âmbito dos países que, tal como a África do Sul, integram a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC); sobre a inclusão de regras de concorrência no âmbito de projetos de integração económica regional, ver infra § 6.

151 Sobre este ponto ver Gok, 2013: 169-192.

152 Morais, 2013: 169-192.

153 A legística, conjunto de regras que se ocupa da formulação e redação de atos normativos, apresenta um âmbito que extravasa em muito as considerações feitas nesta sede e cujo único propósito é chamar a atenção para alguns aspetos mais prementes no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Para um tratamento aprofundado da temática no contexto do direito português, ver D. Duarte, Pinheiro, Romão & T. Duarte, 2002.

154 Para maiores desenvolvimentos, com referência a outros problemas, ver Hyman & Kovacic, 2013: 31-57.

excessivamente complexa (“*bright-line rules*”¹⁵⁵), ou seja, que não dependam de exercícios de análise económica cuja complexidade não esteja ao alcance dos recursos previsivelmente disponíveis¹⁵⁶. Os casos que envolvem acordos entre concorrentes (horizontais) serão aqueles que exigirão uma análise económica menos complexa¹⁵⁷, atentos os patentes efeitos anticoncorrenciais, por contra-posição ao controlo das concentrações que requer um tipo de análise mais sofisticada que convoca juízos de prognose, mas entre estes dois ‘extremos’ cumprirá averiguar no caso concreto a correlação de forças entre os objetivos e as prioridades a prosseguir e a disponibilidade dos recursos.

À escassez de recursos acresce um outro fator a ter em conta na elaboração das normas de defesa da concorrência: a dimensão da economia informal. Com efeito, a existência de um amplo setor de economia informal introduz inevitáveis fatores de perturbação, seja na disponibilidade de dados económicos *fiáveis*, seja na análise concorrencial das situações em apreço. Com efeito:

*“The presence of large informal sectors creates dual markets and may distort the analysis authorities conduct for the formal markets. Market power of dominant formal firms may be over-estimated due to an under-estimation of the price elasticity of demand. The existence of a large informal sector also creates additional noise in price information, making cartels more unstable and cartel analysis more difficult. Lastly, some investigations about predatory pricing may involve reviewing a broader set of policies and in particular how imperfect enforcement of the legislation may distort competition.”*¹⁵⁸ [ênfase a itálico nossa]

Neste contexto, a inclusão de *presunções*¹⁵⁹ ilidíveis (*juris tantum*) na redação das normas, desde que apoiada nos ensinamentos da teoria económica compro-

155 A expressão é de Eleanor Fox (Fox, 2007: 230).

156 Neste sentido, ver Gal & Fox, 2014: 12-15.

157 Além de terem um impacto público mais perceptível e, deste modo, contribuírem para a implantação de uma cultura de concorrência. Em todo o caso, e como Jenny reconhece, podem levantar-se outro tipo de dificuldades, nomeadamente de ordem probatória: “*However cartel enforcement can be a challenge, particularly in small developing countries or in countries with comparatively concentrated industrial structures, because in such countries horizontal anticompetitive restraints can be achieved through tacit collusion among a small number of players who know each other well and understand each other rather than through explicit agreements*” (Jenny, 2006: 135-136).

158 Oliveira & Fujiwara, 2006: 630.

159 Para uma análise alternativa do papel das presunções no DdC dos países em vias de desenvolvimento, ver Gal & Fox, 2014: 17-18. As presunções a que os Autores se referem têm um alcance mais geral e

vados pela experiência prática, pode revelar-se de extrema utilidade e facilitar consideravelmente a aplicação da lei. Pense-se nos casos da presunção de dominância na presença de quotas de mercado significativas¹⁶⁰, na inferência de que a troca de informações sobre preços que ocorra de forma regular entre empresas concorrentes constitui um acordo ou uma prática concertada que tem por objeto a restrição da concorrência ou ainda no facto de que a venda de um produto ou serviço abaixo do respetivo custo variável médio deixar presumir um comportamento abusivo¹⁶¹.

Por fim, refira-se que as debilidades de ordem institucional, seja pela permeabilidade do Estado à influência de interesses privados, seja pela falta de transparência no funcionamento das instituições, aconselham uma aplicação *horizontal* do DdC, isto é, sem a introdução de setores ou atividades isentos da aplicação das regras de concorrência, bem como um uso parcimonioso da possibilidade de conceder isenções por categoria ou individuais¹⁶². Esta questão carece de ser articulada com uma outra, esta de carácter institucional e de alcance mais geral, qual seja a determinação no âmbito da discricionariedade a atribuir à ENDC¹⁶³ no exercício dos seus poderes, matéria a ser tratada infra.

c) O DdC e os comportamentos restritivos da concorrência

A intervenção do DdC no que respeita aos *comportamentos* restritivos da concorrência reveste duas grandes modalidades: por um lado, a proibição das formas de cooperação empresarial restritivas da concorrência; por outro, a proibição da monopolização ou tentativa de monopolização (*antitrust* norte-americano) ou do abuso de posição dominante (DdC europeu).

A transposição de soluções a partir do *antitrust* ou do DdC europeu pode ser perspetivada a partir de três modelos – os quais integram um *continuum* e podem ser combinados entre si – em função do seu grau de divergência rela-

prendem-se com (i) o (bom/mau) funcionamento do mercado, (ii) a presunção de que os agentes económicos ponderam/não ponderam os custos e os benefícios das suas ações e (iii) a presunção de que a ENDC e demais entidades reguladoras dispõe/não dispõe de recursos humanos e financeiros adequados para aplicar a lei.

160 Como sucede na Lei alemã contra as restrições da concorrência (GWB), cujo § 18, n.º 4 presume a existência de uma posição dominante na presença de quotas de mercado iguais ou superiores a 40%.

161 Sobre estes pontos ver Bailey, 2010: 362-369.

162 Neste sentido, ver Fox, 2007: 232.

163 Sobre a questão da falta de transparência e a conseqüente necessidade de limitar a discricionariedade da ENDC, ver Gal & Fox, 2014: 16-17.

tivamente à solução original¹⁶⁴: o primeiro modelo passa pela simples transposição total ou parcial de soluções adotadas noutras jurisdições (*the cut-and-paste approach*); o segundo modelo envolve a transposição de conceitos básicos extraídos de outras jurisdições acompanhada da sua adaptação às necessidades locais e ao contexto do mercado (*the contextualized approach*); e o terceiro modelo consiste na adaptação às especificidades locais de soluções importadas de outras jurisdições, mormente aquelas que coincidem com as áreas de intervenção prioritária definidas pelo poder público (*the tailor-made approach*). Cada uma destas soluções apresenta vantagens e desvantagens¹⁶⁵, sendo certo que quanto menor o grau de originalidade das soluções consagradas, menor o risco de erro na sua aplicação, maior a certeza e segurança jurídicas que lhe estão associadas e menor a sua flexibilidade para acomodar particularismos locais; inversamente, uma solução mais experimental no campo do DdC poderá mostrar-se mais adequada ao contexto local, mas acarretará acrescidas probabilidades de erro na sua aplicação e tenderá a ser fonte de incerteza e insegurança jurídicas. Nesta matéria, como noutras, é desaconselhável ir além de uma conclusão genérica – “*context matters*”¹⁶⁶ –, mas em todo o caso a divergência de modelos ou de soluções estabelecidos de DdC deve ser tanto quanto possível uma *divergência informada*¹⁶⁷.

No que respeita aos *comportamentos* anticoncorrenciais visados pelas normas de defesa da concorrência, é desde logo essencial definir *prioridades* de atuação¹⁶⁸, de resto à semelhança do que tem sucedido em experiências bem-sucedidas de aplicação do DdC como é o caso da África do Sul¹⁶⁹, socorrendo-se para o efeito de estudos de mercado e inquéritos setoriais. Partindo da

164 Relativamente a este ponto o texto segue a abordagem sugerida em Shahein, 2012: 35-66. Para uma perspetiva alternativa, ver Fox, 2012: 280-286.

165 Shahein, 2012: 45-65.

166 Shahein, 2012: 45-65.

167 “*In areas where differences are greater due to different domestic economic histories, development and priorities (such as the analysis of unilateral conduct), the ICN facilitates ‘informed divergence’: identifying the nature and sources of apparent divergence and understanding and respecting any underlying divergent rationale. This greater understanding can offer business and consumers greater clarity and transparency and can lay the groundwork for possible convergence over the longer term*” (ICN, ‘The ICN’s vision for its second decade’, 10th. Annual Conference of the ICN, The Hague, Netherlands, 17-20 May 2011, p 5, disponível *online* em: < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf> >).

168 Referindo a necessidade de “*developing a positive enforcement agenda*” como segunda fase na implementação do DdC nas economias em transição, ver Kovacic, 1997-1998: 441 e ss.

169 Sobre a experiência da África do Sul, ver Weeks, 2012: 183-211; e também Roberts, 2014: 351-364.

conjugação de três critérios (impacto nos consumidores mais pobres; contributo para o crescimento económico acelerado e inclusivo; e probabilidade da ocorrência de problemas concorrenciais consideráveis) para identificar setores e casos problemáticos, a *Competition Commission* sul-africana definiu inicialmente quatro setores prioritários para a sua intervenção: (i) alimentar e agro-alimentar; (ii) infraestruturas e construção; (iii) produtos industriais intermédios; e (iv) serviços financeiros¹⁷⁰.

Numa formulação mais genérica, as prioridades de atuação devem incidir sobre *comportamentos* e *setores económicos* nos quais sejam identificados “*competition issues in sectors that directly impinge on the well-being of the poor, in particular essential consumer goods, agriculture, and health care*”¹⁷¹. Um ponto particularmente importante no contexto do DdC como promotor de desenvolvimento é o de perspetivar os indivíduos que compõem as camadas mais desfavorecidas da população na sua dupla qualidade de *consumidores* e *produtores*, i.e. “*as purchasers of raw materials and intermediate goods for further processing and as the users of public and business infrastructure services*”¹⁷². A ideia subjacente a esta perspetiva é a de que apenas esta dupla abordagem permitirá, na esteira do que foi já referido acerca dos fins do DdC, conjugar eficiência e desenvolvimento ao centrar a intervenção do DdC em práticas anticoncorrenciais que não só envolvem perdas de eficiência e de bem-estar, como atingem as camadas mais pobres da população. O papel corretivo do DdC no respeitante às transferências de riqueza de consumidores e produtores para outros produtores constitui igualmente uma forma de melhorar de forma sustentada as condições de vida daqueles ao contribuir para sua participação mais ativa na economia local e global¹⁷³. Assim, há que ter em atenção os comportamentos restritivos da concorrência que atingem *setores económicos* ligados à satisfação de necessidades básicas das populações e que, por essa razão, têm um impacto particularmente negativo nos países em vias de desenvolvimento. Pense-se em acordos ou práticas concertadas ou em abusos de posição dominante que se repercutem no aumento do preço de géneros alimentares essenciais (pão, leite, ovos, etc.) ou de matérias-primas indispensáveis ao desenvolvimento económico em geral (construção de infraestruturas), nas atividades económicas que ocupam uma

170 Weeks, 2012: 183-211.

171 Bhattacharjea, 2013: 53.

172 Anderson & Müller, 2013: 7.

173 Anderson & Müller, 2013: 7.

parte significativa – e frequentemente a mais desfavorecida – da população (e.g. agricultura) ou na satisfação de outras necessidades básicas das populações como o alojamento, o acesso à educação ou a cuidados de saúde essenciais¹⁷⁴. Pense-se ainda especificamente nas práticas restritivas da concorrência que afetam o setor económico primário – atividades extrativas, mormente a agricultura – do qual depende a maioria da população ativa – na qualidade de produtores de bens e na qualidade de consumidores¹⁷⁵ –, seja porque inflacionam o preço dos *inputs* necessários à atividade agrícola (fertilizantes, água, maquinaria agrícola), seja porque esmagam as margens ou impõem condições discriminatórias no escoamento dos produtos para o mercado nacional e, tratando-se de bens transacionáveis, global. Pense-se, por fim, em práticas restritivas que impedem o acesso de pequenas e médias empresas a infraestruturas essenciais nos setores das telecomunicações, eletricidade e transportes¹⁷⁶. Nesta sede levantam-se duas questões que importa referir: por um lado, a promoção da entrada de novas empresas no mercado através do combate às barreiras à entrada, em particular as criadas pelo Estado¹⁷⁷; por outro, a abertura de *bottlenecks* estratégicos, ou seja, “*economic activities where increased competition in one sector generates large economic benefits by expanding output in other sectors that consume inputs of the first sector*”¹⁷⁸. Como exemplos destes últimos refram-se os setores dos transportes, serviços financeiros, energia e telecomu-

174 Referindo-se, entre outros, aos casos da construção ou acesso a infraestruturas, à falta de concorrência no mercado dos livros escolares e às práticas restritivas no sector farmacêutico, ver du Plessis, Lurie & van Buuren, 2011: 17-22; e também Anderson & Müller, 2013: 12-17. Para uma visão mais abrangente e detalhada da multiplicidade de práticas restritivas, dos setores económicos em causa e dos países afetados, ver Jenny, 2006: 112-132.

175 “*Because poor farmers are often also poor consumers, they can be doubly the victims of anticompetitive practices and the social dimension of that problem cannot be ignored.*” (Jenny, 2006: 134-135).

176 Para outros exemplos e referências bibliográficas, ver Fox, 2007: 224-226; e, em especial, Anderson & Müller, 2013: 5-17. Como refere Jenny (Jenny, 2006: 133): “*Clearly, the scope for anticompetitive activity in developing countries is staggering in terms of the type of practices (cartels, abuses of dominance, vertical restrictions to competition or anticompetitive mergers), the sectors affected (bread, chicken, beer, retail distribution, cement, aluminum, steel, telecommunications, railways, bus services, freight, professional services) and potential harm to economies (as we saw in several instances where price surcharges of up to 25 to 30 percent are not uncommon in some sectors)*”.

177 Neste sentido, ver Kovacic, 1998: 441-443. Além do mais, como o Autor bem refere, dar prioridade às barreiras à entrada criadas pelo Estado apresenta diversas vantagens; desde logo, atento o peso da intervenção do Estado na economia, é provável que a eliminação deste tipo de barreiras traga vantagens mais imediatas e palpáveis, além de ser um contributo para a afirmação da ENDC e para a expansão de uma cultura de concorrência. Neste sentido, ver também Sokol & Stephan, 2013: 137-154.

178 Kovacic, 1998: 443-444.

nicações, atendendo a que “[i]ncreased competition in these areas would improve the functioning of networks that deeply influence the rate of economic growth”¹⁷⁹.

A diversidade das práticas restritivas da concorrência e dos setores afetados pelas mesmas tem um impacto particularmente negativo nos largos segmentos da população cujo poder de compra se situa abaixo da média dos países desenvolvidos, privando-as do rendimento disponível e da possibilidade – de resto já enfraquecida pela existência de mercados pequenos e fragmentados, numerosas barreiras à entrada, fraca industrialização e limitações inerentes à procura – de recorrerem a produtos sucedâneos¹⁸⁰. Como refere Jenny:

“Aside from their potential impact on economic development, anticompetitive practices or transactions such as price fixing in the retail sector or in the consumer goods sector clearly impose a large cost on consumers, and in particular the poorest consumers, by artificially increasing the price of basic necessities (such as chicken, bread, milk, beer, cement, bus transportation) and therefore reducing the real income of poorer consumers. *Poor consumers consume a comparatively high proportion of locally produced goods and services, for which there is little competition even at the local level. If a sizeable portion of these goods and services are beset by competition problems and subject to overcharges of 10 to 15 percent, the problems of the poor will be compounded and their lives made even worse.* Thus, the fight against extortionary anticompetitive strategies should rightly be a part of pro-poor policies.”¹⁸¹ [ênfase em itálico nosso]

É neste contexto que ganha saliência o papel do DdC no correção das transferências de riqueza que sustentam as assimetrias sócio-económicas, ele próprio fundamental para a credibilização da ENDC e para o enraizamento de uma cultura de concorrência em setores mais alargados da sociedade civil (consumidores, empresas, trabalhadores)¹⁸². A questão pode ser sintetizada através da seguinte passagem da autoria de Anderson e Müller:

179 Kovacic, 1998: 443-444.

180 Ver Jenny, 2006: 134.

181 Jenny, 2006: 134.

182 No mesmo sentido, refere Jenny: “One must then ask why it is that there is such a gap between economic reality and political skepticism regarding competition law and competition law enforcement in some of the countries concerned by the sample we worked from. [...] One hypothesis is that public debate on competition has relied too much on theoretical arguments (often too abstract or too general to be very

“in our view, and possibly somewhat more controversially, *competition policy needs to address the needs of the citizens of poorer societies in their capacities as producers (i.e., as purchasers of raw materials and intermediate goods for further processing and as the users of public and business infrastructure services) in addition to their capacities as final consumers/households*. While the preservation and enhancement of the purchasing power enjoyed by final consumers is undoubtedly crucial to the goal of poverty reduction, efforts to enhance living standards particularly in developing countries will only be successful if citizens have sustainable means of earning their livelihoods and are provided with improved opportunities for participation in the local and global economies. There are, indeed, many indications that a large proportion of instances of anti-competitive practices affecting developing countries relate to markets for business input goods and services (WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy 1998). *Consequently, the vigorous enforcement of competition law in relation to practices and market structures that unnecessarily raise business input costs and/or impede access to markets is likely to be central to the role of competition policy as a tool of poverty reduction.*”¹⁸³ [ênfase em itálico nosso]

Identificadas as práticas e os setores mais problemáticos é desejável que os mesmos sejam abrangidos por regras de defesa da concorrência que contemplem quer a proibição de formas de cooperação empresarial restritivas da concorrência, quer a proibição da monopolização/do abuso de posição dominante¹⁸⁴. Se relativamente à primeira existe um considerável grau de convergência entre as duas grandes matrizes de DdC – desde logo quanto à necessidade de temperar a proibição genérica de formas de cooperação anticoncorrencial com ponderações de ordem económica (balanço económico) que possam eventualmente justificar o comportamento em causa¹⁸⁵ –, já a apreciação jusconcorrencial de comportamentos unilaterais em sede de *monopolization* / abuso de posição dominante apresenta consideráveis

persuasive from a public policy standpoint) and that there has not been enough emphasis on a systematic exploration and presentation of facts that would raise public awareness of the problems” (Jenny, 2006: 133).

183 Anderson & Müller, 2013: 7.

184 Sobre este ponto, ver Gal & Fox, 2014: 25-32.

185 Gal & Fox, 2014: 25-27, referindo-se também à necessidade de incluir a *contratação pública* no âmbito da proibição dos acordos e práticas concertadas. Sobre os pontos de convergência e divergência entre o *antitrust* norte-americano e o DdC europeu nesta matéria, ver Morais, 2009a: 101-103.

diferenças¹⁸⁶. Não obstante as limitações impostas pela delimitação do presente tema, importa ainda assim aludir telegraficamente às diferenças mais salientes que separam a secção 2 do *Sherman Antitrust Act* do artigo 102.º do TFUE. Assim, enquanto a primeira proíbe a monopolização ou a tentativa de monopolização, ou seja, comportamentos que criam ou cristalizam uma posição dominante e que se traduzem na exclusão do mercado de empresas concorrentes (*abusos de exclusão*), o artigo 102.º do TFUE proíbe tão-somente o exercício abusivo de uma posição dominante (já não a sua aquisição) seja através da exclusão de concorrentes (*abusos de exclusão*), seja através da exploração de consumidores ou de outras empresas (*abusos de exploração*). Na prática, as diferenças entre as normas em apreço reconduzem-se à interpretação e aplicação das mesmas pela jurisprudência – mais restritiva nos EUA, menos restritiva na UE – em três áreas fundamentais: abusos de exploração, preços predatórios e recusa de contratar/acesso a infraestruturas essenciais (*essentials facilities*)¹⁸⁷.

Assim, no que respeita ao tratamento a dispensar aos comportamentos unilaterais restritivos da concorrência, coloca-se a questão de saber se será preferível que os países em vias de desenvolvimento optem pela *matrix europeia* (proibição do abuso de posição dominante) ou, ao invés, pela *matrix norte-americana* (proibição da monopolização e da tentativa de monopolização). Por um conjunto de razões que se passa a referir, a consagração de uma norma do tipo da secção 2 do *Sherman Antitrust Act* pode revelar-se menos adequada à realidade dos países em vias de desenvolvimento. As razões prendem-se, uma vez mais, com as características dos países em vias de desenvolvimento e com os problemas jusconcorrenciais que os afetam com maior premência. Nesse sentido, referem Fox e Gal:

“In our view, availability of the abuse of dominance prohibition is one of the most important weapons in the antitrust arsenal of developing countries to open up closed markets and thus help make markets work where they have never worked before; where business has been tied up in privilege and cronyism and dominant

186 Sobre a matéria, ver as discussões em sede do grupo de trabalho sobre comportamentos unilaterais (*unilateral conduct*) no âmbito da ICN, disponíveis em: < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral.aspx>>. Para uma análise das origens históricas e das implicações por detrás das diferentes abordagens ao artigo 102.º TFUE (ex-artigo 82.º TCE) e à secção 2 do *Sherman Antitrust Act*, ver Schweitzer, 2007.

187 Sobre estas diferenças e o alcance das mesmas, ver Schweitzer, 2007: 22-37.

firms have blocked paths of the masses of people. Past and lingering statism and privilege, and the fact that businesses have grown by favoritism not merit, point to the need for a strong law, friendly to enforcement. *Whereas US law is especially concerned with false positives, with too much antitrust intervention lest inefficient firms will be protected from competition itself, developing countries may be more worried about false negatives, worried that dominant firms have for too long been protected from the forces of competition and that people/firms with no power have often been excluded from entering markets and competing on their merits. Whereas the US seldom sees a monopoly and much more often sees cartels, developing countries often see monopoly in nearly every important sector of business. And whereas US law may have the luxury of deferring to a regulatory agency when the monopoly resides in a regulated sector, thus decreasing further the scope for application of antitrust, developing countries more often experience capture in regulatory agencies and may sometimes be better off with the voice of a competition authority than the protection of a regulatory agency.*¹⁸⁸ [ênfase a itálico nosso]

Assim, a matriz europeia de DdC pode revelar-se mais adequada à realidade dos países em vias de desenvolvimento em duas áreas específicas. A primeira dessas áreas são os *abusos de exploração*, em especial a imposição de *preços excessivos*, matéria que a seção 2 do *Sherman Antitrust Act* não cobre ao contrário do que sucede com o artigo 102.º do TFUE. Os abusos de exploração sob a forma de preços excessivos têm uma incidência particularmente gravosa nos países em vias de desenvolvimento por via dos efeitos associados às transferências de riqueza operadas pelos comportamentos anticoncorrenciais e do seu impacto num segmento significativo da população¹⁸⁹. O problema é tanto mais agravado pela existência de significativas barreiras à entrada:

“It has to be added that entry barriers are much higher in less-developed countries. Since consumers’ average ability to pay is considerably lower here than in developed economies, exploitation will be much less likely to attract new competitors, including those from abroad. This is why the U.S., as a large, traditionally very open und economically strong country, can even afford rather lenient rules on

188 Ver Gal & Fox, 2014: 29.

189 Neste sentido, ver Max-Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006: 3 (“for social reasons, exploitation is a much greater concern in developing and emerging markets, where large parts of the population may be more easily and directly affected by supra-competitive pricing”).

exclusionary practices, and may not be in terrible need of rules on exploitation, and still the country will not run a great risk that consumer will be significantly exploited. *For developing countries, by contrast, it is much more important to have laws against exploitation.*¹⁹⁰ [ênfase em itálico nosso]

Outra área que reclama a intervenção do DdC é a da recusa em contratar, em especial no que respeita ao acesso a infraestruturas essenciais. No contexto dos países em vias de desenvolvimento a falta ou precariedade das infraestruturas (de transporte, telecomunicações, energia) combinada com a existência de posições dominantes não transitórias – sob a forma de monopólios legais detidos pelo Estado ou da aquisição destes por privados – reclama um entendimento mais abrangente do conceito de “infraestrutura essencial” que não encontra acolhimento no *antitrust* norte-americano. Por outro lado, a relevância da intervenção económica do Estado e as suas implicações jusconcorrenciais em sede dos países em vias de desenvolvimento apresenta afinidades com o papel atribuído ao artigo 102.º do TFUE no contexto do desmantelamento dos monopólios legais¹⁹¹. Não se pretende com isto dizer que a inclusão de uma norma inspirada no artigo 102.º do TFUE se traduza ou deva traduzir numa aplicação generosa da figura do abuso de posição dominante, o que de resto não tem sido o caso no âmbito do DdC europeu¹⁹². No entanto, a introdução de uma norma do tipo da seção 2 do *Sherman Antitrust Act* não permitiria contemplar os abusos de exploração e provavelmente conduziria, como tem sucedido nos EUA¹⁹³, a um entendimento mais restritivo da recusa de contratar em sede de acesso a infraestruturas essenciais.

Em todo o caso, o risco de instrumentalização do DdC e a sua conversão em instrumento de *regulação de preços* com o fim de obter ganhos políticos não deve ser afastado. Com efeito, a denúncia generalizada da prática de preços excessivos parece proporcionar, como a experiência comparada o tem demonstrado, uma solução de resultados praticamente imediatos e – aparen-

190 Max-Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006: 7.

191 Sobre este ponto ver Schweitzer, 2001-2002: 83 e ss.

192 Com efeito, são muito contados os casos de aplicação do artigo 102.º do TFUE à imposição de preços excessivos por empresas em posição dominante, assim como tem sido prudente a construção jurisprudencial da *essential facilities doctrine* em sede de artigo 102.º do TFUE; sobre esta matéria, ver Schweitzer, 2007: 22-27 e 34-37.

193 Schweitzer, 2007: 22-27 e 34-37.

temente – benéficos para os consumidores¹⁹⁴. Convém, por isso, recordar as razões que aconselham uma intervenção prudente do DdC ao nível da deteção e correção de preços excessivos¹⁹⁵: em primeiro lugar, a perspetiva de obter um lucro supra-competitivo constitui o maior incentivo à concorrência; em segundo lugar, a reconhecida dificuldade de determinar o que seja um preço ‘excessivo’; e em terceiro lugar, a centralidade do mecanismo de preços para o funcionamento do mercado, a qual recomenda contenção quando se trate de interferir com o normal funcionamento desse mesmo mecanismo¹⁹⁶. Ora, de entre as razões que desaconselham o recurso ao DdC para corrigir eventuais preços excessivos, importa destacar as dificuldades que a ENDC enfrentará na determinação do que seja um ‘preço excessivo’¹⁹⁷, tarefa complexa e altamente falível relativamente à qual as autoridades da concorrência e os tribunais dos países desenvolvidos têm demonstrado grande prudência¹⁹⁸. Acresce que, uma vez determinado que o preço praticado é, efetivamente, excessivo, a questão seguinte é a de conceber uma solução (*remedy*) adequada à situação, o que invariavelmente convoca soluções do tipo regulatório que envolvem a determinação por via administrativa do preço ‘razoável’¹⁹⁹. A experiência das jurisdições mais desenvolvidas com intervenções ao nível dos preços por via do DdC tem-se mostrado ambígua nos seus efeitos e invariavelmente envolta em acoso debate, razões suficientes para que a atuação ao nível dos preços excessivos seja objeto de cuidadosa ponderação no contexto dos países em vias de

194 A interferência de considerações políticas na regulação de preços é um fenómeno transversal aos países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, embora nos primeiros o DdC se profile como um veículo privilegiado, como sucedeu no caso alemão com as reformas da GWB (ver por todos Mestmäcker, 1984) e nos EUA com o *Robinson-Patman Act* (ver por todos Posner, 1976).

195 Embora se trate de argumentos partilhados pelo DdC europeu e pelo *antitrust* norte-americano, este último considera-os decisivos para afastar qualquer proibição da prática de preços excessivos: “*U.S. antitrust law does not proscribe antitrust pricing as an independent antitrust violation, although high prices may be indicative of other anticompetitive activities*” (p. 2 do relatório apresentado pela U.S. Federal Trade Commission (FTC) e pela Antitrust Division of the U.S. Department of Justice (DoJ) no âmbito das respostas ao questionário sobre preços excessivos organizado pela OCDE – referência DAF/COMP/WP2/WD(2011)65, de 4 de outubro de 2011, disponível online em: <<http://www.justice.gov/atr/public/international/278823.pdf>>).

196 *Idem*, pp 2-4.

197 Ver o relatório apresentado pela FTC e pelo DoJ à OCDE (referência DAF/COMP/WP2/WD(2011)65, de 4 de outubro de 2011), pp 2-4.

198 *Idem, ibid.* Do ponto de vista económico há fundadas razões para refrear atuações sobre preços excessivos; ver, por exemplo, Motta, 2004: 69-70.

199 Ver o relatório apresentado pela FTC e pelo DoJ à OCDE (referência DAF/COMP/WP2/WD(2011)65, de 4 de outubro de 2011), pp 2-4.

desenvolvimento, sob pena das respetivas ENDC enveredarem pela regulação de preços que refreia, ao invés de promover, a concorrência²⁰⁰.

Ao lado da proibição do abuso de posição dominante, alguns ordenamentos jurídicos de Estados-Membros da UE contemplam igualmente a proibição do chamado *abuso de dependência económica*²⁰¹. A figura encontra-se presente nos ordenamentos alemão (§ 20 da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), francês (article L. 420-2 do *Code Commerce*) e português (artigo 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), para referir alguns exemplos, assumindo uma configuração similar em todos eles: em causa está a proibição de comportamentos unilaterais abusivos adotados por uma empresa que, encontrando-se numa situação de preponderância no âmbito de uma relação *bilateral* que a liga a outra empresa (sua fornecedora ou cliente), *explora* essa posição para extrair vantagens que não estariam ao seu alcance caso a empresa fornecedora ou cliente dispusesse de *alternativas equivalentes* no mercado²⁰². Por detrás da introdução da figura do abuso de dependência económica estiveram, invariavelmente, considerações de política legislativa acerca da suficiência da proibição do abuso de posição dominante para abarcar comportamentos unilaterais considerados abusivos adotados por empresas sem uma posição dominante no mercado ou cuja posição dominante não ficava demonstrada²⁰³. A situação típica visada por este tipo de normas é a relação *vertical* entre produtores/fornecedores e distribuidores, sobretudo ao nível da grande distribuição, no âmbito da qual se geram situações de dependência económica alicerçadas na duração das relações contratuais, no peso económico de um dos parceiros ou na popularidade dos produtos ou serviços comercializados. A questão que se coloca é a de saber se conviria a introdução de semelhante norma no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Se por um lado militam razões no sentido de tornar o

200 Alertando genericamente para este aspeto, ver Fox, 2007: 230. Genericamente sobre os perigos associados às intervenções regulatórias das ENDC's ver, em especial, Abbott & Sacher, 2012: 117-128.

201 O ordenamento norte-americano conhece uma forma mitigada da proibição do abuso de dependência económica, plasmado na proibição da prática de preços discriminatórios incluída no *Robinson-Patman Act* (1936) a qual, acrescente-se, tem sido alvo de inúmeras críticas e raramente é aplicada (ver Mestmäcker, 1984: 104 ss). Já o DdC europeu apenas proíbe a prática de preços discriminatórios quando a mesma configure um abuso de posição dominante, pese embora algumas aproximações – nunca concretizadas – à figura do abuso de dependência económica através da figura do 'parceiro obrigatório' (ver Pego, 2001: 65 e ss.).

202 Em comparação com normas congêneres noutros ordenamentos, o § 20 GWB oferece um conjunto de especificidades das quais não se pode dar conta nesta sede; para uma análise aprofundada desta norma remete-se para o respetivo comentário incluído na obra Immenga & Mestmäcker, Band 2., Teil 1, 2014.

203 Sobre a matéria, ver Pego, 2001: 85 e ss.

DdC acessível às pequenas e médias empresas economicamente dependentes de parceiros económicos cuja posição no mercado não chega a ser dominante, afigura-se-nos por outro lado que as prioridades do DdC nos países em vias de desenvolvimento não deveriam passar pela introdução da proibição do abuso de dependência económica. As restrições à concorrência criadas por via da cooperação entre empresas e do abuso de posição dominante têm um impacto muito mais preocupante no bem-estar e no desenvolvimento e devem, por isso, reclamar maior atenção. Acresce que dispersar recursos já de si escassos no combate ao abuso de dependência económica – cujo impacto jusconcorrencial está longe de ser pacífico²⁰⁴ – pode facilmente converter-se num esforço absorvente e pouco recompensador²⁰⁵, que priva da necessária atenção os verdadeiros problemas jusconcorrenciais que afetam os países em vias de desenvolvimento. Dito isto, não se afigura desaconselhável que o *estado de dependência económica* possa adquirir uma relevância *não* autónoma em duas ocasiões: em sede de análise da existência de uma posição dominante, na medida em que a empresa em posição dominante se apresente como um parceiro *inevitável* no âmbito de determinado mercado relevante²⁰⁶; e como circunstância a atender em sede de determinação da sanção aplicável.

Para concluir esta digressão pelos *comportamentos* anticoncorrenciais no âmbito dos países em vias de desenvolvimento, crê-se que a abordagem desejável deverá ser simultaneamente *seletiva* e, sobretudo, *gradual*. Por um lado, as intervenções do DdC devem confinar-se àquelas que se baseiem em “*robust and uncontroversial economic principles that make some kinds of conduct unambiguously reprehensible*”²⁰⁷. Por outro, deve ser concedida prioridade “*to*

204 A proibição do abuso de dependência económica tem suscitado numerosas críticas, nem todas justificadas. Em todo o caso, a apreciação do impacto jusconcorrencial tem sido uma das áreas mais controvertidas, atendendo ao facto de que comportamentos unilaterais adotados por empresas sem uma posição dominante não teriam impacto jusconcorrencial e a questão seria, quanto muito, de índole contratual. Sobre esta e outras críticas que têm sido dirigidas à consagração do abuso de dependência económica, ver Immenga & Mestmäcker, Band 2., Teil 1, 2014.

205 Uma questão que é frequentemente enfatizada pela literatura, especialmente a de expressão alemã, é das *dificuldades probatórias* associadas ao abuso de dependência económica, seja pela ausência de incentivo por parte das empresas visadas pelo abuso para colaborarem com a ENDC (mormente por receio de represálias comerciais), seja pela fronteira ténue entre as vertentes contratual (capacidade negocial, assimetrias de informação, etc.) e concorrencial (impacto no funcionamento do mercado). Sobre o assunto ver, entre outros, Mestmäcker, 1984.

206 Foi, de resto, neste contexto que o DdC europeu ensaiou uma aproximação à figura da dependência económica através da teoria do ‘parceiro obrigatório’; para maiores desenvolvimentos com referências à jurisprudência relevante, ver Pego, 2001: 65-79.

207 Bhattacharjea, 2013: 53.

addressing these competition issues in sectors that directly impinge on the well-being of the poor, in particular essential consumer goods, agriculture and health care. More ambitious enforcement efforts can evolve as antitrust agencies acquire expertise and legitimacy based on early successes with this limited agenda."²⁰⁸ A partir destas áreas prioritárias o DdC poderá expandir-se para outras, de forma gradual e numa ótica de gestão judiciosa dos recursos humanos e financeiros disponíveis.

d) O DdC e as estruturas do mercado

No que respeita à formação de *estruturas* de mercado propiciadoras de comportamentos anticoncorrenciais, a intervenção corretiva do DdC processa-se através do controlo das concentrações. Ora, seja por razões que se prendem com a complexidade do controlo das concentrações e a escassez de recursos disponíveis, seja por razões de política industrial (mormente apoio às indústrias nascentes), a questão que por vezes se suscita é a de saber se se justifica a sua implementação no contexto dos países em vias de desenvolvimento, ou pelo menos se se justifica concomitantemente com a introdução de regras sobre a cooperação entre empresas e o abuso de posição dominante²⁰⁹.

Atendendo à importância do controlo das concentrações na prevenção de estruturas de mercado propiciadoras de comportamentos anticoncorrenciais, a sua não inclusão no regime de defesa da concorrência criaria *ab initio* um regime lacunar que permitiria às empresas prosseguir os mesmos objetivos anticoncorrenciais que lhes estariam vedados em sede da proibição de formas de cooperação anticoncorrenciais, socorrendo-se para o efeito de operações de concentração²¹⁰. Ora, além dos efeitos anticoncorrenciais que poderiam estar associados às estruturas de mercado que resultassem dessas operações, é de ressaltar igualmente a possibilidade de ocorrência de concentrações *ineficientes* cujo único ou principal propósito fosse o de contornar a proibição de acordos e práticas concertadas. Poderá, em todo o caso, justificar-se uma introdução *seletiva* do controlo das concentrações que combine a identificação de setores prioritários em função do seu impacto na população com a ponderação de um controlo *ex post* das operações de concentração. Com efeito, como a experiência

208 Bhattacharjea, 2013: 53.

209 Neste sentido ver, embora respondendo pela positiva, ver Gal & Fox, 2014: 38-39.

210 Neste sentido, em sede da articulação entre o artigo 101.º do TFUE (ex-artigo 85.º TCE) e o regime do controlo das concentrações, ver Morais, 2006: 643-644.

brasileira o demonstra²¹¹, o controlo sistemático *ex ante* das operações de concentração pode revelar-se inadequado numa fase inicial de implementação do DdC em virtude dos recursos humanos e financeiros necessários para levar cabo a tarefa. Em alternativa, um controlo *seletivo ex post* pode constituir um primeiro passo para, à medida dos recursos disponíveis e da experiência recolhida, se evoluir *gradualmente* para um controlo *sistemático ex ante*. No mais, não se afigura que as especificidades dos países em vias de desenvolvimento afastem a necessidade de adotar um regime de controlo das concentrações, antes reclamam que o mesmo se processe de forma *seletiva e gradual* com particular atenção no que toca à clareza e simplicidade das normas adotadas²¹² (matéria em que se remete para as considerações genéricas já feitas em sede de legística) e à relevância da estrutura do mercado, mormente em sede de apreciação das concentrações. É este último aspeto que se analisará de seguida.

Ainda que as considerações que se seguem sobre as especificidades dos mercados sejam igualmente válidas em sede da apreciação de *comportamentos* anticoncorrenciais, a particular ligação entre o controlo das concentrações e a *estrutura* do mercado parece justificar que a referência às características dos mercados tenha lugar nesta sede. Nesta matéria, importa começar por reconhecer que a reduzida dimensão dos mercados constitui uma característica recorrente dos países em vias de desenvolvimento e um fator de relevo para a configuração e implementação do DdC. Como refere Gal, as pequenas economias de mercado apresentam três características fundamentais: “*high industrial concentration levels, high entry barriers and below-MES (minimum efficient scale) levels of production. These characteristics result from the basic handicaps of small economies: the large size of minimum efficient scales of production relative to demand*”²¹³. Importa no entanto referir que a análise conduzida por Gal, embora não desconhecendo a existência e importância de outros fatores que devem ser levados em linha de conta na configuração da política de concorrência, analisa exclusivamente o impacto do elemento *dimensão* do mercado²¹⁴ e é a

211 Sobre este ponto ver as considerações de Gal & Fox, 2014: 34-35; e, em maior profundidade, ver Botta, 2011.

212 Neste contexto, referindo que as “*merger laws should be relatively simple to apply and not require a very high degree of sophistication*” e apontando como exemplos a adoção de limiares claros de notificação e a introdução de presunções, ver Gal & Fox, 2014: 33.

213 Gal, 2003: 14.

214 Gal, 2003: 11: “*While such [economic, ideological, philosophical historical and political] factors must be taken into account while shaping optimal competition policy, they are outside the scope of this book,*

essa luz apenas que formula recomendações de política de concorrência²¹⁵. Por essa razão, a distinção fundamental que lhe está subjacente prende-se com a *dimensão* da economia de mercado – a qual de resto é definida em termos suficiente amplos como “*an independent sovereign economy that can support only a small number of competitors in most of its industries*”²¹⁶ – dos países objeto de estudo e não com o respetivo grau de desenvolvimento económico e o seu impacto na política de concorrência. Em todo o caso, a análise dos elementos que caracterizam as pequenas economias de mercado – alto grau de concentração económica, significativas barreiras à entrada e níveis de produção subótimos por referência à escala mínima de eficiência – revela que os mesmos propiciam a formação de estruturas de mercado do tipo monopolístico e oligopolístico²¹⁷ e a criação de conglomerados²¹⁸, os quais suscitam fundadas preocupações do ponto de vista concorrencial que, não sendo específicas dos países em vias de desenvolvimento, carecem de uma resposta adequada à realidade destes que não se esgote na liberalização do comércio internacional²¹⁹.

Na esteira do estudo pioneiro de *Gal*, a associação entre a reduzida dimensão do mercado e o grau de concentração económica tem sido objeto de análise no contexto específico dos países em vias de desenvolvimento²²⁰. Em parte, estas características estão interligadas na medida em que a redu-

as transitional, ideological, and political economy issues are not necessarily unique to small economies. Yet whatever the ideological basis on which competition policy is based, policy makers and interpreters of competition policy in small economies must have a clear understanding of the implications of the special economic characteristics of their markets for framing optimal competition policy. Otherwise, the social costs of their policies would be obscured”. Ver também, na esteira da investigação iniciada em Gal, 2003, outra contribuição da mesma Autora em Gal, 2013.

215 A Autora centra a sua atenção nos comportamentos anticoncorrenciais que podem emergir nos três tipos de estruturas de mercado típicas das pequenas economias de mercado: (i) comportamentos de monopolização/abuso de posição dominante (Gal, 2003: 58-110); (ii) comportamentos anticoncorrenciais no contexto de monopólios naturais, com particular destaque para a recusa de acesso a infraestruturas essenciais (Gal, 2003: 111-153); (iii) comportamentos colusivos ou de cooperação no contexto de estruturas oligopolísticas (Gal 2003: 154-193); e (iv) a regulação indireta destas últimas através do controlo das concentrações (Gal, 2003: 194-249).

216 Gal, 2003: 1. Na prática, a esmagadora maioria dos exemplos referidos pelo Autor – Israel, África do Sul, Canadá, Austrália, Coreia do Sul, etc. – ou não são países em vias de desenvolvimento ou, sendo-o, estão claramente numa categoria à parte no que diz respeito ao desenvolvimento da sua política de concorrência.

217 Gal, 2003: 28-35.

218 Ou seja, como refere Gal, 2013: 7, “*a small group of economic entities which control a large part of the economic activity through holdings in many markets*”.

219 Gal, 2003: 35-42.

220 Ver, por exemplo, Botta, 2011, versando sobre o caso argentino e brasileiro.

zida dimensão do mercado justifica a existência de um número limitado de empresas as quais, para poderem operar de forma lucrativa no contexto dos recursos disponíveis, têm de fazer face a economias de escala indispensáveis à manutenção do nível dos preços, assim como dos níveis de produtividade e eficiência²²¹. Por outro lado, a existência de barreiras à entrada – privadas e, sobretudo, públicas, dada a forte presença do Estado na economia – muito mais significativas do que nos países desenvolvidos²²², contribui para que estes mercados apresentem um menor grau de dinamismo e a persistência de altos graus de concentração económica. Importa ainda levar em linha de conta problemas relacionados com a escassez e precariedade das infraestruturas e com a existência de custos de transação excessivamente elevados e, mais genericamente, debilidades de ordem institucional com especial incidência nos mercados dos produtos e do crédito²²³, razões que concorrem para que as empresas optem por crescer *internamente* ao invés de recorrerem ao mercado para o fazer²²⁴. Este cenário favorece, também ele, a formação de *conglomerados* e, indiretamente, o incremento do grau de concentração económica dos mercados

Perante este cenário, impõe-se adiantar algumas conclusões em sede de controlo das concentrações. Desde logo, na esteira do que foi anteriormente referido, os mesmos fatores que apontam para a existência de especificidades das questões concorrenciais nos países em vias de desenvolvimento também apontam para a maior *vulnerabilidade* destes aos efeitos das práticas anticoncorrenciais²²⁵. Segue-se que a conjugação de fatores *estruturais* (elevado grau de concentração económica resultante da reduzida dimensão do mercado) com fatores *comportamentais* (propensão para a formação de conglomerados) propicia a formação de níveis elevados de concentração económica, pelo que a análise conduzida em sede de controlo das concentrações deve *criterosa*, seja na destriça entre estes dois fatores e o seu impacto, seja na

221 Sobre este ponto, ver du Plessis, Lurie & van Buuren, 2011: 5.

222 A intervenção do Estado compreende não apenas a intervenção direta na economia, mormente através de empresas públicas, mas também a intervenção indireta através da concessão de direitos exclusivos ou especiais, planeamento económico, políticas de fomento, etc. Sobre a questão no contexto do DdC nos países em vias de desenvolvimento, ver Fox, 2007: 229-230.

223 Du Plessis, Lurie & van Buuren, 2011: 5; Anderson & Müller, 2013: 5.

224 Sobre este ponto, o qual constitui uma aplicação do famoso *teorema de Coase*, ver Gal & Fox, 2014: 35.

225 Neste sentido ver Anderson & Müller, 2013: 5; e também Gal, 2003: 47-51, embora reportando-se genericamente às pequenas economias de mercado.

análise dos efeitos nos diversos mercados onde os conglomerados operam²²⁶. A esta luz importa reter que, por exemplo, a imposição de soluções de tipo *estrutural* – isto é, que envolvam a alteração da estrutura do mercado através da dissipação forçada (*divestiture*) de estruturas monopolísticas ou oligopolísticas – poder-se-ão revelar-se menos adequadas por comparação com soluções de tipo *comportamental*²²⁷ – as que impõe a adoção de determinado tipo de comportamento no mercado – na medida em que a aplicação daquelas desconsidere o impacto da reduzida dimensão do mercado e as suas implicações ao nível das economias de escala na produção na implementação da operação de concentração em apreço²²⁸. De igual modo, e para referir outro exemplo, a apreciação jusconcorrencial da formação de conglomerados não deve negligenciar os aspetos relacionados com as *economias de escala e de gama* obtidas por essa via e eventualmente justificadas pela reduzida dimensão do mercado²²⁹.

e) *O DdC e sanções aplicáveis: tipo e determinação*

Na impossibilidade de a aplicação do DdC repousar unicamente em mecanismos preventivos, o aperfeiçoamento dos instrumentos repressivos (sanções) deve ser complementado com a introdução de condições que incrementem a probabilidade de *deteção* de comportamentos anticoncorrenciais. Exemplo destes últimos são a introdução de circunstâncias atenuantes na graduação da sanção aplicável que repousem no contributo do infrator para mitigar os efeitos da sua conduta e a criação de *programas de clemência (leniency programmes)*²³⁰ que permitam reduzir ou mesmo dispensar a aplicação de uma sanção nos casos em que o infrator colabore para a descoberta da infração. A exemplo do que a experiência comparada tem demonstrado, a implementação destes

226 Sobre este último aspeto, defendendo que “*mergers should be analyzed through a wider lens, which takes account not only of the effects of the merger in the specific market, but also its effects on other markets in which the parent or holding companies of the parties to the merger operate*”, ver Gal & Fox, 2014: 36.

227 Contudo, a distinção entre soluções de tipo *comportamental* e soluções de tipo *estrutural* nem sempre se deixa surpreender com facilidade. Sobre a matéria ver, em geral, Lianos, 2013.

228 Gal, 2003: 53-55.

229 Aludindo a este aspeto, ver Gal & Fox, 2014: 36; e, com maiores desenvolvimentos, Gal, 2013: 7-12.

230 Poder-se-ia ainda aludir à criminalização de práticas anticoncorrenciais e à introdução de sanções acessórias (inelegibilidade para cargos sociais, publicitação dos infratores e das sanções) como fatores adicionais para reforçar o papel *preventivo* do DdC (neste sentido ver Tapia, 2012: 163-165); ver infra.

últimos pode deparar-se com a falta de recetividade da comunidade local²³¹, seja pela ausência de uma cultura de concorrência que justifique aos olhos da sociedade a introdução deste tipo de mecanismos, seja pelo predomínio de uma cultura assente na colaboração entre empresas, na estabilidade nas relações sociais e nos laços hierárquicos e que, por essa razão, se mostra adversa ao efeito disruptivo dos programas de clemência²³².

No que toca às sanções aplicáveis pela prática de ilícitos anticoncorrenciais, seleccionámos dois aspetos que nos parecem assumir particular relevância no contexto dos países em vias de desenvolvimento. O primeiro aspeto prende-se com o *tipo* de sanções a adotar, matéria que envolve a opção entre sanções *civis* (indenizações com caráter compensatório ou punitivo; sanções pecuniárias compulsórias), *contraordenacionais* (coimas) ou *penais*, sendo que dentro desta última categoria poderemos ter sanções penais pecuniárias (multas) e/ou sanções penais privativas da liberdade (penas de prisão)²³³. Nesta matéria, são as sanções penais privativas da liberdade que mais discussão têm suscitado²³⁴ e aquelas cuja introdução nos países em vias de desenvolvimento nos parece reclamar maior reflexão. No que respeita às demais sanções, cremos que a questão principal se prende com a *determinação* em concreto da sanção aplicável, razão pela qual seleccionámos como segundo aspeto a abordar nesta sede a questão da quantificação da sanção aplicável.

Como nos ensina a literatura económica, a adequação entre a sanção e o comportamento que a mesma visa reprimir resulta de um juízo de prognose sobre a capacidade da mesma para *prevenir* a prática do ato ilícito ou, em caso de infração, para *compensar* os danos infligidos tendo em conta o custo social do comportamento, e o da sua prevenção ou repressão²³⁵. Transpondo este raciocínio para o campo do DdC, dir-se-á que a sanção aplicável deverá ser capaz

231 Mesmo nos países desenvolvidos, a eficácia dos programas de clemência não é incontestada embora a sua utilização se tenha vindo a alargar consideravelmente. Sobre o assunto ver, por todos, Spagnolo, 2008: 259 ss.

232 Por esta razão os programas de clemência tendem a produzir resultados modestos em países caracterizados por sociedades mais tradicionais, como é o caso do Japão ou da Coreia do Sul.

233 No entanto, a referência a outro tipo de sanções que poderemos designar por *secundárias* ou *acessórias*, como a inelegibilidade para cargos sociais ou a publicitação da sanção e a divulgação da identidade do(s) infrator(es) (*naming and shaming*), terão de se confinar a remissões bibliográficas.

234 Ver, por exemplo, Whelan, 2014.

235 Sobre a matéria, ver a contribuição fundamental de Gary Becker (Becker, 1968) no campo da análise económica das sanções penais. No caso dos ilícitos anticoncorrenciais, o nível ótimo de prevenção (*optimal deterrence*) não passa por uma aplicação indiscriminada do DdC, sob pena de se incorrer numa acumulação

de dissuadir os agentes económicos da adoção de comportamentos restritivos da concorrência ou compensar os demais pelos efeitos anticoncorrenciais que lhes estão associados, tendo presente o custo social quer do comportamento, quer dos recursos mobilizados para o prevenir ou reparar. Nesta sequência, a aplicação de sanções penais (*maxime* penas privativas da liberdade) às práticas restritivas da concorrência, assim como a compensação dos prejuízos sofridos em resultados de comportamentos restritivos da concorrência sob a forma de *treble damages*²³⁶, têm sido justificadas com recurso a argumentos utilitaristas. Como é sabido, a aplicação de sanções penais corresponde à solução adotada pelo *Sherman Antitrust Act*²³⁷ e que tem vindo a ser acolhida em diversas jurisdições²³⁸, embora permaneça minoritária no espaço da UE²³⁹. Para os proponentes da aplicação de sanções penais à prática de ilícitos anticoncorrenciais não haveria nenhuma razão para excluir do respetivo âmbito os países em vias de desenvolvimento:

“Are these two remedies [private damages suits for antitrust violations and incarceration of antitrust violators] appropriate for broad adoption? The answer is yes. To the extent that a jurisdiction is serious about competition policy, the logic of both remedies is compelling. Deterrence of violations and compensation of victims are good ideas, ones that are not country specific. The remedies advance both. Until we find out they do not, it is hard to argue against them”²⁴⁰

Todavia, o concurso de duas circunstâncias parece sustentar a conclusão oposta, isto é, a de que a aplicação de sanções penais poderá afinal não constituir a solução ótima para os países em vias de desenvolvimento. Assim, por

de falsos positivos (*type I errors*), mas antes pela prevenção e repressão dos ilícitos ineficientes, ou seja, aqueles em que o benefício do infrator não excede o prejuízo causado à vítima (ver Landes, 1983).

236 Neste sentido ver, por exemplo, First, 2013: 167-181.

237 Sobre este ponto ver, entre outros, First, 2013: 168-170. Não já os *treble damages*, os quais resultaram das alterações introduzidas em 1914 pelo *Clayton Act* (ver Moraes, 2009a: 77).

238 É o caso da América Latina, como se retira de Tapia, 2012: 139-182.

239 Como é sabido, o DdC da UE não contempla a criminalização dos ilícitos anticoncorrenciais, mas alguns Estados-Membros – a exemplo do Reino Unido, através da secção 188 do *Enterprise Act 2002* – consagraram a criminalização de alguns ilícitos anticoncorrenciais no seu ordenamento jurídico.

240 First, 2013: 180. E também Gal, 2003: 20 (“*The criminalization of antitrust proceeding may serve to limit political pressures on the antitrust authority. Where interference with an on-going criminal investigation is an offence, politicians might be more cautious before intervening in an antitrust investigation, unless they enjoy legal immunity for the consequences of such interference*”).

um lado, no contexto de países com fraca ou nenhuma cultura de concorrência é expetável que as instituições envolvidas na aplicação do DdC – desde logo os tribunais – demonstrem alguma resistência em aplicar sanções penais a ilícitos anticoncorrenciais, refletindo assim um sentimento mais generalizado da população relativamente à ‘desproporção’ entre este tipo de sanções e os comportamentos em causa²⁴¹. Ora, a previsão de sanções penais que na prática não são aplicadas é passível de gerar uma situação de incumprimento generalizado que não só é ineficiente (pois desperdiça recursos que poderiam ser empregues noutras finalidades), mas também contraproducente para a implantação de uma cultura de concorrência. Por outro lado, atentas as debilidades institucionais mormente no que respeita à solidez do Estado de direito (*rule of law*), os perigos associados à instrumentalização do DdC poderão agravar-se na presença de sanções penais porquanto as mesmas podem ser utilizadas pelo poder político – e indiretamente pelo poder económico privado – para disciplinar eficazmente comportamentos indesejados ou mesmo para prevenir a entrada de concorrentes no mercado. Ou seja, a introdução de sanções penais corre o risco se converter num instrumento disciplinador da concorrência ao invés do seu garante.

No que respeita à *determinação* das sanções, *maxime* a sua *quantificação*, o princípio geral é o de que as mesmas devem ser fixadas a um nível que exceda o benefício obtido pelo infrator²⁴². No entanto, a determinação do nível adequado da sanção deve ser acompanhado de duas medidas complementares²⁴³ de alcance geral mas com reforçada importância no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Em primeiro lugar, é desejável que haja *transparência* na metodologia utilizada para a determinação da sanção aplicável, a qual deve incluir referências às circunstâncias agravantes (e.g. reincidência; gravidade do ilícito anticoncorrencial) e atenuantes (e.g. colaboração prestada na deteção da infração) na determinação da medida da infração. Várias razões concorrem para a necessidade de adotar uma metodologia transparente na determinação das sanções aplicáveis. Desde logo, razões de *segurança* e *certeza jurídicas* e

241 Ao contrário do que sucede com outros ilícitos criminais, a ausência de uma cultura de concorrência constitui um obstáculo à introdução de sanções penais já que será difícil estabelecer uma correlação entre o comportamento anticoncorrencial e o correspondente desvalor ético. Relatando uma situação deste tipo na América Latina, ver Tapia, 2012: 163-165.

242 Princípio originalmente defendido por Cesare Beccaria (ver Beccaria, 2014).

243 Estas considerações seguem de perto as reflexões de Tapia no contexto da implementação do DdC na América Latina e expostas em Tapia, 2012: 147-165.

a necessidade de circunscrever o grau de *discricionariedade* da ENDC e dos tribunais dentro de limites razoáveis. Acrescem razões de *eficácia*, as quais se prendem com a dissuasão de potenciais infratores através da possibilidade de estes conhecerem *antecipadamente* e com *razoável grau de aproximação* a sanção que lhes poderá ser aplicada, sobretudo nos casos em que este conhecimento prévio é acompanhado da possibilidade de os infratores verem a respetiva sanção reduzida ou mesmo perdoada em razão da colaboração que prestem na deteção de comportamentos anticoncorrenciais (*programas de clemência*).

No caso específico das sanções pecuniárias, a sua quantificação toma como pontos de partida o *volume de negócios* da(s) empresa(s) infratora(s) e a *gravidade* da infração, sendo certo que as práticas que tenham por objeto ou como efeito a fixação de preços, a repartição de mercados ou a restrição da produção são as que se revestem de maior gravidade atento o seu maior impacto restritivo da concorrência²⁴⁴. No entanto, o contexto dos países em vias de desenvolvimento propicia que se ponderem especificamente três *circunstâncias* – cujo papel como *atenuantes* ou *agravantes* dependerá do contexto – no que toca à determinação do nível da sanção aplicável. Desde logo, crê-se poder relevar como circunstância atenuante a existência de uma situação de *dependência económica* no âmbito de relações verticais²⁴⁵, a qual se caracterizaria pela inexistência de alternativa equivalente à relação comercial estabelecida a montante (com um fornecedor) ou jusante (com um cliente). Em particular, crê-se que a existência de situações de dependência económica poderá relevar no âmbito das relações entre produtores locais e respetivos fornecedores de matérias-primas e/ou distribuidores, sobretudo estão em causa bens transacionáveis cujo escoamento dependa em larga medida (*inexistência de alternativa equivalente*) do parceiro comercial, situação para a qual pode concorrer o controlo por este exercido sobre determinadas infraestruturas de produção ou distribuição. Uma segunda circunstância que importa relevar no momento de quantificar a sanção aplicável é a *capacidade financeira* da empresa infratora, mormente no

244 Sobre a distinção entre restrição da concorrência pelo *objeto* e restrição da concorrência pelo *efeito*, ver Morais, 2009.

245 Javier Tapia coloca a questão em termos mais abrangentes, referindo-se à possibilidade de, existindo coação moral (*coercion*) sobre as empresas, esta poder funcionar como uma circunstância atenuante (Tapia, 2012: 151). Além da verificação da coação moral suscitar outro tipo de reacções por parte do sistema jurídico, desde logo em sede de direito civil, crê-se que a questão beneficia em ser circunscrita a situações de *dependência económica*, nos moldes delineados no texto já que a figura da coação moral, além de não relevar do estrito âmbito jusconcorrencial, levanta dificuldades probatórias específicas.

que respeita ao pagamento da sanção pecuniária²⁴⁶. Relevam, neste contexto, considerações já feitas acerca da *estrutura* dos mercados, em particular o facto de estes exibirem um alto grau de concentração e não suportarem mais do que um número limitado de concorrentes. Ainda que este tipo de considerações não deva travar a aplicação do DdC, importa medir as consequências da aplicação de sanções, sob pena destas induzirem situações de insolvência que poderão forçar a saída do mercado dos infratores ou a sua aquisição por concorrentes. Este tipo de considerações costuma ser reservado para a apreciação de operações de concentração que tem por alvo empresas cuja situação financeira as levaria a saírem do mercado num futuro próximo mesmo que a concentração não ocorresse²⁴⁷, mas crê-se que, pelas razões apontadas, a sua relevância extravasa este âmbito no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Por fim, como terceira circunstância aluda-se à *transferência de riqueza* resultante do comportamento anticoncorrencial ou da conduta de outras empresas que, não sendo as infratoras, não deixam de extrair benefícios da atuação destas²⁴⁸. O facto de os países em vias de desenvolvimento evidenciarem consideráveis assimetrias económicas e de as transferências de riqueza operadas por comportamentos restritivos da concorrência acentuarem estas assimetrias aponta para a necessidade de não se ignorar este aspeto em sede de determinação do nível da sanção. Neste contexto, crê-se que a transferência de riqueza deve relevar não só na sua *dimensão*, como na determinação da sua *origem e destino*.

V. PERSPETIVA INTERNA (II): IMPLEMENTAÇÃO (*ENFORCEMENT*) DO DDC

5.1. Considerações gerais sobre a implementação do DdC

A análise da implementação das normas jusconcorrenciais convoca, em primeira linha, um conjunto de questões centradas nas entidades e órgãos incumbidos

246 Neste sentido ver Tapia, 2012: 151-152. O Autor refere-se à '*ability to pay*' como uma circunstância atenuante (*mitigating factor*), mas creio que a relevância do mesmo extravasa este âmbito e deve ser considerada mais globalmente.

247 Estas considerações são usualmente referidas como "*failing firm defence*"; sobre as circunstâncias em que as dificuldades financeiras da empresa adquirida podem relevar na apreciação de uma operação de concentração, ver Schwalbe & Zimmer, 2009: 317-318.

248 Retomam-se e desenvolvem-se as considerações avançadas por Tapia, 2012: 152-153. O Autor refere como exemplo de terceiros que beneficiam da conduta anticoncorrencial o caso das empresas que, não integrando o cartel, não deixam de beneficiar com o aumento de preços promovido por este.

da aplicação do DdC e dentre os quais cumpre destacar a ENDC e os tribunais. Neste contexto, a análise centrar-se-á em duas grandes questões que se prendem com a (i) arquitetura institucional, ou seja, a configuração da ENDC e a sua articulação com os órgãos jurisdicionais, e com as (ii) garantias para o adequado desempenho das funções de defesa da concorrência. Pese embora o papel primordial da ENDC e dos tribunais na implementação do DdC, o êxito dessa mesma aplicação não depende unicamente das mesmas nem, de resto, a política de concorrência se esgota na implementação do DdC. Ambas as circunstâncias confluem se atentarmos no facto de que amiúde a aplicação do DdC é coartada pela falta de vontade do poder político aliada ao desinteresse e desconhecimento da sociedade civil relativamente à relevância e implicações da política de concorrência. Por essa razão, a literatura e os fóruns internacionais especializados em política de concorrência, mormente a ICN²⁴⁹, têm a justo título enfatizado a importância da *competition advocacy* no contexto de uma política de concorrência que não se reduza à aplicação do DdC e o papel insubstituível da ENDC na promoção e difusão de uma cultura de concorrência. Atentos estes aspetos parece justificar-se uma referência autónoma à função da ENDC no âmbito da *competition advocacy*, como parte integrante da implementação de uma política de concorrência. Retomando uma ideia já antes afluída²⁵⁰, a oferta de DdC deve andar a par da promoção da *procura* dessa mesma política junto do poder político e do público em geral, sob pena de a primeira se converter num dispêndio ineficiente de recursos. Ora, a *advocacy* desempenha um papel de primordial importância do lado da *procura* através da difusão dos benefícios da concorrência e da promoção de uma cultura de concorrência.

5.2. Arquitetura institucional: os diferentes modelos institucionais

A configuração institucional da ENDC pode assumir diversas variantes, mas as mesmas reconduzem-se fundamentalmente aos três modelos propostos por Trebilcock e Iacobucci²⁵¹: (i) o modelo bifurcado de tipo judicial (*bifurcated judicial model*)²⁵²; (ii) o modelo bifurcado de tipo administrativo (*bifurcated agency*

249 Sobre a avaliação do papel da ICN na promoção de uma cultura de concorrência à escala global no décimo aniversário da sua criação, ver Hollman, Kovacic & Robertson, 2012: 89 ss.

250 Ver supra § 3 e, em geral, Chowdury, 2012.

251 Trebilcock & Iacobucci, 2002: 361-394.

252 A exemplo do que sucede nos EUA com a Antitrust Division do Department of Justice, a qual depende dos tribunais federais para a aplicação do *Sherman Antitrust Act*. Sobre a matéria ver o capítulo sobre os EUA em First, Fox & Hemli, 2013: 329 ss.

model)²⁵³; e o (iii) modelo integrado de tipo administrativo (*integrated agency model*)²⁵⁴. A distinção entre estes modelos repousa na repartição das competências para investigar, decidir e aplicar o DdC: assim, no *modelo bifurcado de tipo judicial*, os poderes para investigar e aplicar o DdC repousam sobre uma entidade administrativa, mas a decisão cabe ao órgão judicial competente; por contraste, no *modelo bifurcado de tipo administrativo*, estas competências repartem-se por duas entidades administrativas distintas, sendo a primeira responsável pela investigação e aplicação da lei, enquanto a segunda decide sobre os casos que lhe são submetidos pela primeira; por fim, no *modelo integrado de tipo administrativo* existe uma única entidade administrativa especializada que concentra em si as três competências.

As vantagens e desvantagens de cada um destes modelos podem ser analisadas a partir de um conjunto de coordenadas aplicáveis às instituições responsáveis pela aplicação do DdC, sendo certo que a opção por um dos modelos pressupõe uma reflexão sobre os *trade-offs* que o mesmo implica. Assim, um modelo que privilegie a *independência* tenderá a relegar para segundo plano a *accountability*; o reforço da *especialização* tenderá atenuar o *distanciamento* na aplicação do DdC; a primazia da *transparência* na investigação, aplicação e decisão dos casos terá os seus custos ao nível das garantias de *confidencialidade* no tratamento da informação recolhida; o reforço da *eficiência administrativa*, em particular na vertente de maior celeridade, entrará por vezes em colisão com as garantias de *due process*; e a *previsibilidade* e *consistência* na aplicação do DdC poderão traduzir-se em menor disponibilidade para atender às especificidades de determinado caso, mercado ou setor e serem por isso sinónimas de menor *flexibilidade*²⁵⁵ na aplicação do DdC. No entanto, como bem referem Trebilcock e Iacobucci, “[i]t is importante to acknowledge at the outset that whether or not there are formally distinct institutional frameworks does not necessarily imply significant differences in functional outcomes” [ênfase a itálico no original]²⁵⁶. Em todo o caso, o *modelo bifurcado de tipo judicial* parece ser

253 Este é o modelo aplicado no Canadá no respeitante a práticas anticoncorrenciais que não constituam um ilícito criminal (já que, no que respeita a estas últimas, o Canadá segue o modelo bifurcado de tipo judicial) e envolve a repartição de competências entre o Commissioner of Competition e o Competition Bureau (investigação e aplicação da lei) e o Competition Tribunal (adjudicação). Para maiores esclarecimentos ver o capítulo sobre o Canadá em Iacobucci & Trebilcock, 2013: 109 ss.

254 Trata-se do modelo seguido pela Federal Trade Commission e pela Comissão Europeia. Ver, respetivamente, First, Fox & Hemli, 2013: 329 ss.; e Lianos & Andreangeli, 2013: 384 ss.

255 Para uma análise sumária destes critérios, ver Trebilcock & Iacobucci, 2002: 363-368.

256 Trebilcock & Iacobucci, 2002: p 363.

o que menores garantias de eficácia oferece no âmbito dos países em vias de desenvolvimento atenta a falta de especialização em matérias jusconcorrenciais e a patente escassez de recursos humanos e financeiros. Ora, sendo uma reconhecida desvantagem deste modelo a falta de especialização ao nível adjudicativo²⁵⁷, não se afigura sensato recomendar a sua adoção numa fase inicial de implementação do DdC. Já o *modelo bifurcado de tipo administrativo* parece ser aquele que melhores garantias oferece no mesmo contexto, desde logo pelo equilíbrio que logra entre as diferentes coordenadas²⁵⁸, mas a sua implementação convoca recursos humanos e financeiros que poderão não estar ao alcance dos países em vias de desenvolvimento (desde logo pela repartição das funções de investigação, aplicação da lei e decisão por duas entidades administrativas distintas). Como *second best* teremos o *modelo integrado de tipo administrativo*, cujas principais desvantagem poderão ser a falta de distanciamento (pela concentração numa só entidade das competências para investigar, aplicar a lei e decidir) e uma aposta maior na eficácia administrativa em detrimento das garantias de *due process*²⁵⁹ mas que, em contrapartida, não requer o mesmo tipo de investimento que o modelo bifurcado de tipo administrativo.

A implementação de qualquer destes modelos pressupõe a criação de uma – ou duas, no caso do modelo bifurcado de tipo administrativo – entidade administrativa com funções específicas no domínio do DdC. Sucede, porém, que o investimento necessário poderá não estar disponível numa primeira fase, seja pela falta dos necessários recursos humanos e financeiros, seja pela falta de vontade do poder político em criar uma entidade administrativa que escape ao seu controlo (desde logo pelas garantias de que é desejável rodear o exercício das funções de defesa da concorrência)²⁶⁰ e cujas competências poderão colidir com interesses económicos privados. Por estas razões, também nesta sede será recomendável uma atuação *gradualista* que passe pela atribuição a uma entidade pública já existente das funções de defesa da concorrência, a qual evoluiria posteriormente para uma ENDC em sentido pleno e próprio na correspondente medida em que surgisse e crescesse a ‘procura’ do DdC. Esta última passa pela afirmação da entidade administrativa no plano institucional e pelo enraizamento – mormente à luz dos resultados palpáveis de

257 Neste sentido, ver Trebilcock & Iacobucci, 2002: 370.

258 Trebilcock & Iacobucci, 2002: 372-373, embora referindo-se especificamente ao contexto canadiano.

259 Trebilcock & Iacobucci, 2002: 383.

260 Ver infra 5.3.

curto e médio prazo, de que já demos conta – de uma cultura de concorrência na sociedade local.

5.3. Garantias no desempenho das funções

Independentemente da concreta configuração institucional, importa consagrar um conjunto de *garantias* que assegurem o funcionamento da ENDC de acordo com parâmetros de transparência, independência e imparcialidade. Desde logo, a estruturação da ENDC deve oferecer garantias de *independência e imparcialidade* face ao poder político²⁶¹ e face ao poder económico²⁶². No primeiro caso, está em causa prevenir, ou pelo menos minimizar, interferências do poder político propiciadas, por exemplo, pela sujeição da ENDC à tutela de um ou vários ministérios ou pela interferência de órgãos políticos com funções ‘meramente’ consultivas; no segundo caso trata-se de evitar situações de captura do regulador pelos regulados propiciadas, por exemplo, pela inexistência de incompatibilidades no desempenho de cargos junto da ENDC ou pela possibilidade indiscriminada de acumulação de rendimentos no exercício de atividades profissionais plúrimas. Para este efeito afigura-se particularmente importante dotar a ENDC dos seguintes elementos: (i) regime de *incompatibilidades e impedimentos*²⁶³, (ii) procedimentos de seleção dos elementos que compõem a ENDC – com particular destaque para os membros do respetivo órgão decisor – *transparentes* e com base em *critérios de mérito*, acompanhados de garantias do exercício independente do cargo (mormente tipificação das situações que possam levar à cessação antecipada do mandato), (iii) *dever de reserva* extensível a todos os colaboradores da ENDC no respeitante às matérias da competência desta, (iv) limites à *cumulação de outros rendimentos* com o vencimento auferido pelo desempenho de funções junto da ENDC²⁶⁴ e

261 Neste sentido, ver Fox, 2007: 232; e Gal, 2003: 19.

262 Fox, 2007: 232.

263 As *incompatibilidades* respeitam à manutenção de vínculos (v.g. cargos políticos ou partidários) ou relações contratuais (v.g. prestação de serviços), bem como à detenção de interesses financeiros ou comerciais (e.g. participações sociais nos regulados), susceptíveis de criar um conflito de interesses no desempenho de funções no âmbito da entidade incumbida da defesa da concorrência. Os *impedimentos* derivam de condutas que, ainda que não traduzam a prática de ilícitos criminais, afetam a idoneidade para o exercício do cargo (por exemplo, expulsão da magistratura por comportamento indecoroso) ou põem em causa a idoneidade do titular no exercício do cargo (v.g. inexistência de ‘período de nojo’ entre a cessação do exercício de funções junto da entidade competente para a defesa da concorrência e o início de funções junto de uma empresa regulada).

264 Aqui incluem-se não só (a) remunerações provenientes do exercício de outras atividades profissionais, mas também (b) donativos e (c) quaisquer outros benefícios económicos ou com expressão económica

(v) garantias de *autonomia administrativa e financeira* (integrando esta a *autonomia patrimonial, orçamental* e de *tesouraria*)²⁶⁵. Importa aduzir uma breve justificação sobre a conveniência de se consagrarem estes cinco elementos.

Assim, e como referido, o regime de incompatibilidades e impedimentos visa prevenir situações de promiscuidade entre os funcionários da ENDC e o poder político, por um lado, e os interesses económicos privados (que poderão redundar, *in extremis*, em casos de corrupção)²⁶⁶. No mesmo sentido milita a imposição de limites à possibilidade de acumulação de rendimentos. Este tipo de garantias é fundamental não só para a afirmação e credibilização da ENDC, mas também para a sua atuação eficaz (i.e. não condicionada) contra os comportamentos restritivos da concorrência.

A consagração de procedimentos de seleção transparentes e meritocráticos (idealmente procedimentos concursais de âmbito internacional), em particular para os cargos com poder de decisão, permite dotar a ENDC dos melhores recursos humanos disponíveis, seja do ponto de vista técnico, seja do ponto de vista de idoneidade pessoal. Além do mais esta garantia permite – à semelhança da consagração de um dever de reserva – reforçar a eficácia da atuação da ENDC.

O exercício da tutela política ou a existência de uma situação de dependência financeira podem constituir obstáculos inultrapassáveis à eficácia de uma política de concorrência, com a agravante destas limitações contribuírem para o desgaste da ENDC e comprometerem a afirmação de uma política e cultura de concorrência. Por estas razões quer a autonomia *administrativa*, quer a *financeira* (compreendendo esta as dimensões *patrimonial, orçamental* e de *tesouraria*) são fundamentais para a credibilização e eficácia da ENDC, ainda que a sua obtenção se afigure por vezes complexa, seja pela real escassez de recursos, seja pela falta de empenho do poder político (por o mesmo não atribuir à política de concorrência a relevância que a mesma merece ou, pelo contrário, por reconhecer nesta um potencial impacto disruptivo dos interesses económicos instalados). Face a este cenário previsível, é conveniente que a ENDC não dependa exclusivamente de transferências do orçamento de estado, situação que aconselha a consagração de receitas da ENDC – mormente as resultantes da aplicação de sanções pecuniárias – ao orçamento da mesma entidade.

atribuídos de forma seletiva e em condições manifestamente mais vantajosas do que aquelas que se praticam no mercado.

265 Sobre estes conceitos ver Sousa Franco, 2004: 152-153.

266 Neste sentido, ver Gal & Fox, 2014: 16-17.

Para o adequado desempenho das suas funções a ENDC carece de um conjunto de recursos adequados ao desempenho das suas funções: recursos humanos (meios humanos suficientes e dotados dos conhecimentos e da experiência necessários ao desempenho das correspondentes funções), financeiros (níveis de financiamento compatíveis com o desempenho das suas funções) e patrimoniais (edifícios, veículos, equipamento). Mas carece ainda de regras internas que assegurem transparência e *accountability* no funcionamento da ENDC e o seu escrutínio por terceiros. Ora todas estas questões assumem particular acuidade no momento inicial de constituição e funcionamento da ENDC, altura em que importa assegurar o financiamento necessário ao arranque da atividade, proceder ao recrutamento do pessoal e dotar a entidade das instalações necessárias e adequadas ao seu pleno funcionamento e afirmação.

5.4. O papel da ENDC na *competition advocacy*

No que respeita à atuação da ENDC, a mesma não se esgota na aplicação das normas de concorrência, como de resto a política de concorrência não se reduz à dimensão do *enforcement*. Com efeito, a ENDC tem um papel fundamental – porventura ainda mais relevante numa fase inicial²⁶⁷ – na promoção de uma cultura concorrencial através de outros meios que não a mera aplicação do DdC, recorrendo à *competition advocacy*²⁶⁸ junto das instâncias governamentais (*governmental advocacy*) e do público em geral (*public advocacy*)²⁶⁹. Com efeito, a *competition advocacy* visa dois propósitos:

“First, it aims to build a competition culture, which is an awareness by economic agents and the general public of competition rules. Second, it is a way to influence other government authorities not to adopt anticompetitive laws and regulations. Both dimensions of competition advocacy are important and relevant for developing countries”²⁷⁰.

267 Neste sentido, ver Kovacic, 1997-1998: 439-440, o qual ressalta a importância da *competition advocacy* na fase de constituição da ENDC.

268 Sobre este ponto, ver Fox, 2007: 232-233. Para a definição de “*competition advocacy*”, ver Gal, 2003: 8 (“*Competition advocacy, that is, those activities conducted by the competition authority that are related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms (ICN 2002), is, perhaps, the most significant task of competition authorities in developing countries*”).

269 Sobre a distinção entre “*governmental advocacy*” e “*public advocacy*”, ver Gal, 2003: 8. Sublinhando a importância de ambas no contexto dos países em vias de desenvolvimento, ver Gal & Fox, 2014: 18-19.

270 Fels e Ng, em Sokol, Cheng & Lianos 2013: 183. No entanto, os Autores reputam de insuficiente este entendimento ‘tradicional’ da *competition advocacy* e propõem, ao invés, uma abordagem mais

A tarefa de promover uma cultura de concorrência dirige-se às instâncias governamentais (*governamental advocacy*), tendo em vista persuadi-las do bem-fundado de uma política que não está vocacionada para gerar dividendos políticos imediatos – na medida em que se trata de uma política horizontal, i.e. que não beneficia um setor económico em concreto, e de longo prazo – ou mesmo no espaço de um ciclo eleitoral e que, além do mais, tenderá a hostilizar determinados interesses que suportam o *status quo* e dos quais o poder político dependerá em maior ou menor medida²⁷¹. Numa outra vertente, a *governamental advocacy* passa pela promoção de reformas regulatórias no sentido de eliminar obstáculos à concorrência criados pelo Estado (taxas, quotas, licenças, etc.) e que se traduzem numa densa teia regulatória e burocrática que funciona como barreira à entrada no mercado de novos concorrentes²⁷².

Neste quadro, ganha especial relevo uma segunda dimensão da *competition advocacy*, a que tem por destinatário o público em geral (consumidores, empresas, sociedade civil), no quadro da promoção das políticas favoráveis à consolidação de uma economia de mercado (*public advocacy*). A grande vantagem da *public advocacy* face à *governamental advocacy* é que a primeira não depende de dividendos políticos de curto-prazo; em contrapartida, a mobilização de interesses difusos, isto é, que não são identificáveis com um particular grupo de indivíduos antes se dispersam pelo público em geral numa miríade de

abrangente do conceito: “Given the pervasiveness and politically embedded nature of anticompetitive laws, there needs to be an equally comprehensive approach to reforming these laws. It is therefore necessary to rethink the concept of competition advocacy. Rather than general actions that competition agencies might take to influence competition decisions within the government, competition advocacy could instead be a comprehensive program that targets underlying anticompetitive laws. Such an approach would cover not only traditional competition laws but also policies concerning international and interstate trade, intellectual property, foreign ownership and investment, tax, small businesses, the legal system, public and private ownership, licensing, public procurement, and bidding for monopoly franchises” (Sokol, Cheng & Lianos, 2013: 193). No entanto, como os Autores de resto reconhecem, “[t]his task is much more complex and resource intensive than that understood pursuant to the traditional advocacy approach, and it requires activities that go well beyond the normal scope of advocacy normally undertaken by a competition agency” (Sokol, Cheng & Lianos, 2013: 193).

271 Neste contexto levantam-se problemas de *lobbying*, *rent-seeking* (mobilização de determinados interesses para evitar alterações ao *status quo* que possam perigar as suas rendas) e de captura regulatória (favorecimento por instâncias governamentais de um grupo de interesses minoritário, mas estrategicamente posicionado e politicamente ativo, em detrimento do bem-comum).

272 Refere Gal que “[i]ncreasingly, it is recognized that competition authorities play an important role in the promotion of a competitive environment by pro-actively influencing regulatory activities to ensure the rejection of unnecessarily anticompetitive regulatory measures. This government advocacy role may, in some cases, be more important in promoting competition than the repression of anti-competitive behaviour through antitrust enforcement” (Gal, 2004: 16).

interesses, levanta o conhecido problema da *ação coletiva*²⁷³. A questão prende-se com o facto de a defesa da concorrência gerar benefícios *difusos*, que a todos beneficiam mas a cuja defesa nenhum grupo em particular se associa²⁷⁴, questão tanto mais presente nos países em vias de desenvolvimento atenta a debilidade da sociedade civil, a escassez de recursos e a existência de uma maior concentração da riqueza e numerosos interesses instalados (*vested interests*). Ora, no âmbito da *public advocacy*, cabe à ENDC um papel de grande relevo na promoção de uma cultura de concorrência junto dos consumidores e da sociedade civil em geral, através da qual contribui para o seu enraizamento junto do público, como forma de gerar pressão junto das instâncias governamentais no sentido da sua adoção e efetiva implementação²⁷⁵. Uma das formas mais eficazes de promover a disseminação do DdC junto do público em geral passa pela demonstração da sua utilidade no combate aos efeitos negativos das práticas restritivas, utilizando para o efeito uma linguagem acessível e recorrendo a exemplos familiares às populações locais, em particular àqueles que afetam de forma mais negativa a camada mais pobre da população e que, por essa razão, devem integrar o âmbito prioritário de atuação da ENDC²⁷⁶.

VI. PERSPETIVA EXTERNA: OS LIMITES À EFICÁCIA DO DDC

6.1. Introdução

A par das condicionantes *internas* de natureza institucional, sócio-económica, política e cultural de que já demos conta, existem igualmente fatores *externos* que concorrem com aquelas para limitar a eficaz aplicação das normas de DdC nos países em vias de desenvolvimento e, em última análise, o sucesso das respetivas políticas de concorrência. A raiz do problema reside na circunstância de a aplicação do DdC não ter acompanhado a internacionalização das práticas anticoncorrenciais, ela própria decorrente da internacionalização dos mercados

273 O “problema da ação coletiva” foi identificado por Mancur Olson na obra *The Logic of Collective Action*. Sobre a questão aplicada ao DdC nos países em vias de desenvolvimento, ver Oliveira & Fujiwara, 2006: 632.

274 Ao contrário, por exemplo, dos interesses dos consumidores, cuja defesa gera benefícios difusos mas com os quais um grupo suficientemente homogéneo se pode identificar; já a defesa da concorrência não dispõe de *constituency* própria.

275 Sobre este ponto, ver Gal, 2004: 9-11.

276 O ponto é também referido por Gal, 2004: 17-19.

e das empresas²⁷⁷. Longe de ser uma especificidade do DdC, o princípio da territorialidade amarra as normas jusconcorrenciais aos limites do território nacional, frustrando assim a sua aplicação a práticas anticoncorrenciais cujos efeitos extravasam os limites territoriais. É certo que o princípio da territorialidade é atenuado pela circunstância de os ordenamentos dos países desenvolvidos contemplarem mecanismos que permitem, verificadas determinadas circunstâncias, estender a aplicação do respetivo DdC para além dos estritos limites territoriais. Tal sucede, desde logo, com o *antitrust* norte-americano cuja aplicação se estende às restrições da concorrência proibidas pelo *Sherman Antitrust Act* que produzam *efeitos* diretos e substanciais no território dos EUA (*effects doctrine*)²⁷⁸. Também a UE contempla uma flexibilização do princípio da territorialidade ao admitir, como decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁷⁹, a aplicação do DdC europeu a comportamentos anticoncorrenciais que sejam *implementados* na UE, ainda que produzam efeitos fora dos limites territoriais desta²⁸⁰. Acresce que a possibilidade de aplicação extraterritorial do DdC é possibilitada por acordos de cooperação bilaterais, sem os quais a recolha de prova e a prática de outras diligências instrutórias seria praticamente impossível²⁸¹, mas cuja incidência e extensão permanece bastante limitada²⁸².

Ora, os países em vias de desenvolvimento não dispõem de igual possibilidade, seja por os respetivos DdC não contemplarem a hipótese de aplicação extraterritorial das normas de defesa da concorrência (*de jure*), seja por não contarem com os instrumentos necessários para aplicarem as respetivas

277 Para uma panorâmica dos problemas jusconcorrenciais suscitados pela globalização ver, entre outros, Fox, 2003.

278 Esta doutrina, a qual teve a sua origem no caso *Alcoa* (U.S. v. Aluminium Co. of America, 148 F 2d 416 [1945]), suscita reparos do ponto de vista do Direito internacional, tanto mais que com o acórdão *Hartford Fire Insurance* (acórdão proferido pelo Supremo Tribunal dos EUA em *Hartford Fire Insurance v. California* 113, S. Ct. 2891 [1993]) a *jurisdictional self-restraint* foi praticamente abandonada; sobre o assunto, ver Gerber, 2010: 82-85. Para uma introdução geral à aplicação extraterritorial do *antitrust* norte-americano ver, entre outros, Mestmäcker & Schweitzer, 2014.

279 Ver os processos apensos C-89, 104, 114, 116, 117, 125 a 129/85, *Åhlström c. Comissão* [1988], CJ I-5193; e o processo T-106/92, *Gencor c. Comissão* [1999], CJ II-753.

280 Descontados alguns exemplos – pense-se no caso de um cartel implementado na UE com o objeto ou o efeito de boicotar a compra de um bem produzido fora do espaço comunitário – a aplicação da *effects doctrine* e do critério da implementação não conduz a resultados díspares. Esa proximidade de resultados justifica que David Gerber se refira a ambos como exemplos de “*unilateral jurisdictionalism*” (Gerber, 2010: 5).

281 Neste sentido ver Fox, 2003: 358.

282 Neste sentido, ver Podszun, 2003: 103 ss.

normas de DdC para além das suas fronteiras territoriais (*de facto*). Com efeito, a mera consagração legal da possibilidade de aplicação extraterritorial do DdC carece, para a sua efetivação, da cooperação de outras jurisdições – no âmbito da recolha de prova, da realização de diligências em sede de investigação, da aplicação das decisões da ENDC ou dos tribunais –, mormente dos países desenvolvidos. No entanto, são escassos os acordos bilaterais entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento para cooperação no âmbito do DdC e mesmo os que existem incluem invariavelmente cláusulas de salvaguarda que permitem a uma das partes recusar um pedido de cooperação quando estão em causa assuntos de interesse estratégico²⁸³. Acresce que, em decorrência do princípio da territorialidade, o âmbito territorial de aplicação do DdC não abrange, em regra²⁸⁴, práticas anticoncorrenciais com um efeito *puramente* extraterritorial, de que é exemplo típico o cartel de exportação. Aliás, a delimitação do âmbito territorial de aplicação do DdC corresponde não raras vezes à prossecução de uma política comercial por outros meios tendo por efeito prático ‘compensar’ os efeitos da abertura dos mercados por via da liberalização do comércio internacional²⁸⁵.

Atenta a inexistência de um DdC à escala global (*global antitrust law*)²⁸⁶ capaz de suprir as omissões e insuficiências dos ordenamentos nacionais, a aplicação do DdC dos países em vias de desenvolvimento a restrições da concorrência com um alcance multijurisdicional depende da cooperação com os países desenvolvidos. Tal estado de coisas revela-se tanto mais insatisfatório quanto as práticas anticoncorrenciais de alcance multijurisdicional são aquelas que – quantitativa e qualitativamente – maior impacto têm no bem-estar dos países em vias de desenvolvimento. Os cartéis internacionais são o exemplo mais frequente e também o que maior impacto negativo têm nos países em vias de

283 Sobre esta questão, ver Jenny, 2003: 609-616; e Podszun, 2003: 115-116. De resto, as práticas anticoncorrenciais de empresas originárias de países desenvolvidos mas com um impacto extraterritorial podem ser vistas como *externalidades negativas*, porquanto escapam ao âmbito de aplicação do direito interno (país exportador) e não estão ao alcance da jurisdição afetada (país importador) por falta de instrumentos de cooperação. Sobre este aspeto no âmbito do licenciamento de direitos de propriedade intelectual, ver Gallego, 2003: 191-192.

284 A qualificação deve-se ao facto de, como referido, o DdC europeu ser aplicável a práticas anticoncorrenciais *implementadas* no território da UE ainda que com efeitos externos.

285 Sobre este aspeto no contexto do licenciamento de direitos de propriedade intelectual, matéria de especial relevância para os países em vias de desenvolvimento atenta a sua frequente dependência de tecnologia importada, ver Gallego, 2003: 165 ss. Sobre este aspeto ver ainda Feteira, 2013.

286 Para uma visão global das diversas tentativas de criação de um DdC internacional, ver Podszun, 2003: 65-133.

desenvolvimento²⁸⁷. Em resposta às insuficiências dos acordos de cooperação bilaterais, os países em vias de desenvolvimento vêm ensaiando modalidades de cooperação no âmbito de projetos de integração económica regional²⁸⁸, alguns dos quais integram regras supranacionais de defesa da concorrência.

No decurso deste capítulo serão objeto de referência as diversas tentativas para a criação de um DdC global, as quais compreendem fundamentalmente dois tipos de iniciativas: as de índole *multilateral*, entre as quais cumpre destacar os esforços encetados no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) mas também o trabalho desenvolvido no contexto da OCDE e da UNCTAD; e as de cariz *unilateral*, as quais abrangem as tentativas de estender a aplicação dos DdC nacionais para além do seu âmbito territorial, bem como o trabalho de convergência desenvolvido no seio da *International Competition Network* (ICN). Os acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação no contexto de projetos de integração económica regional merecerão uma referência à parte.

6.2. As tentativas de criação de um DdC global

a) *Iniciativas de índole multilateral: OMC, OCDE e UNCTAD*

Os esforços multilaterais tendentes à produção de um quadro normativo de alcance global dirigido ao combate às práticas anticoncorrenciais remontam ao final da década de 40 do século passado e aparecem associados à malograda tentativa de criar a Organização Internacional do Comércio (OIC)²⁸⁹. Com efeito, o artigo 46.º da Carta de Havana – o documento que previa a instituição da OIC – dispunha o seguinte:

“Each Member shall take appropriate measures and shall co-operate with the Organization to prevent, on the part of private or public commercial enterprises, business practices affecting international trade which restrain competition, limit

287 Ver Anderson & Müller, 2013: 22-24. Para uma quantificação do impacto dos cartéis internacionais nos países em vias de desenvolvimento ilustrada com exemplos concretos de cartéis internacionais (cimento, alumínio) e o seu impacto em países como o Egipto ou o México, ver Jenny, 2003: 609-616.

288 Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos ver, por todos, Heimler & Jenny, 2013: 195 ss.

289 Como é sabido, a criação da OIC viria a fracassar devido à recusa do Senado dos EUA em ratificar a Carta de Havana, cortando cerce os esforços empreendidos nesse sentido e atrasando por várias décadas a emergência da OMC. O projeto da OIC deu lugar a um outro projeto de alcance bastante mais limitado, o GATT (*General Agreement on Trade and Tariffs*), cuja integração na OMC remonta ao ano da fundação desta (1994). Sobre este ponto ver, entre outros, Fox & Arena, 2013: 445.

access to markets, or foster monopolistic control, whenever such practices have harmful effects on the expansion of production or trade and interfere with the achievement of any of the other objectives act forth in Article 1.”²⁹⁰

A intuição de que a liberalização do comércio mundial carecia de ser complementada com a tutela da livre concorrência emerge claramente do texto e explica o contexto em que surge esta primeira tentativa de criar um DdC internacional. Pese embora o fracasso inicial, o tópico da interação entre a liberalização do comércio e a defesa da concorrência seria reintroduzido na agenda da OMC na década de 90 do século XX²⁹¹ e na mesma permaneceria até à Conferência Ministerial de Cancun, ocorrida em Setembro de 2003. Atenta a oposição dos EUA e dos países em vias de desenvolvimento – cada qual receando que a introdução de regras de concorrência, mesmo numa versão minimalista, pudesse comprometer os seus interesses comerciais –, a Conferência Ministerial de Cancun selou o desmantelamento do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre o Comércio e a Política de Concorrência, a qual viria a ocorrer em julho de 2004, e conseqüente exclusão da matéria da agenda da OMC²⁹².

Ainda que o projeto de introduzir um corpo abrangente de normas de DdC em sede de OMC tenha falhado, encontramos ainda assim algumas disposições que se ocupam de aspetos jusconcorrenciais no contexto de aspetos específicos da liberalização do comércio internacional. Apesar do seu caráter fragmentário, obscuro e manifestamente incompleto, a referência nesta sede a estas disposições parece ainda assim justificar-se por se tratar de normas vinculativas – as únicas normas de DdC dotadas de força vinculativas no âmbito internacional – para os 160 Estados que integram a OMC²⁹³. Entre estas normas cumpre

290 Texto disponível em: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf.

291 O antecedente próximo desta iniciativa foi o *Draft International Antitrust Code* (DIAC), uma iniciativa de um grupo de académicos ligados ao DdC de ambos os lados do Atlântico (embora com uma predominância de peritos alemães) no início dos anos 90, a qual serviu de catalisador para a introdução do assunto em sede de OMC e constitui o texto de base para a sua discussão nesta sede; sobre este ponto ver Gerber, 2010: 98-99. Para uma reprodução do texto do DIAC, acompanhada de comentários de dois dos seus co-autores, ver Fikentscher & Immenga, 1995.

292 Sobre o processo e as razões que levaram à exclusão da defesa da concorrência do âmbito das negociações em sede de OMC, ver Drexler, 2004: 419-457.

293 Número de membros reportado a 26 de junho de 2014, conforme informação disponível em: http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.

As normas referidas no texto principal encontram-se disponíveis *online* em inglês, francês e espanhol em: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm.

destacar²⁹⁴ os artigos XI (proibição de os Estados criarem ou manterem cartéis de importação ou exportação), XVII:1 (obrigação dos Estados assegurarem que as empresas por estes controladas e que participam no comércio internacional atuam de forma não discriminatória e de acordo com critérios comerciais), VIII (obrigação de os Estados assegurarem que as empresas que detenham o monopólio ou um direito exclusivo na prestação de determinado serviço não atuem em desconformidade com as obrigações desse Estado, nem em desrespeito da cláusula da nação mais favorecida), todos do GATS, bem como o artigo 40 TRIPS (admissibilidade de algumas medidas de combate aos efeitos anticoncorrenciais de práticas abusivas adotadas no contexto, de ou relacionadas com, cláusulas incluídas em acordos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual). Conclui-se, assim, que os esforços empreendidos para a introdução de normas de defesa da concorrência em sede da OMC limitaram-se a produzir um conjunto escasso de normas cujo enfoque se restringe a algumas questões jusconcorrenciais associadas à liberalização do comércio, deixando intocados os principais problemas que afetam os países em vias de desenvolvimento. O artigo 40 TRIPS é disso um claro exemplo, na sua tentativa de conciliar uma visão expansionista dos direitos de propriedade intelectual com uma perspectiva reducionista das regras de concorrência²⁹⁵. Assim, ainda que a liberalização do comércio internacional e a adoção de regras de concorrência se apresentem como políticas complementares, a via seguida em sede de OMC foi a de introduzir regras de concorrência confinadas às questões com impacto (imediato) no comércio internacional, mas excluindo um conjunto de questões de grande relevância jusconcorrencial – mormente para os países em vias de desenvolvimento – ainda que com menor relevância em sede de OMC²⁹⁶.

Pese embora o seu menor impacto prático, importa ainda aludir aos esforços empreendidos no contexto de outras organizações internacionais, mormente

294 Para uma referência genérica a estas e outras disposições omitidas no texto (secção 5(a) do Anexo sobre Telecomunicações do GATS, artigo 8.1 do Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio (TBT), artigo 11.1(b) do Acordo sobre Salvaguardas e o artigo 9 do Acordo sobre Medidas em Matéria de Investimentos Relacionados com o Comércio (TRIMs)), ver Fox/Arena *in* Fox/Trebilcock (2010), pp 454-460. Para um tratamento aprofundado de cada uma das normas ver, por todos, as respetivas anotações em Wolfrum & Stoll, 2010.

295 Para uma análise muitíssimo crítica do artigo 40.º TRIPS, ver por todos Ullrich, 2004.

296 Ilustrando a questão com o facto de as fusões internacionais merecerem menor interesse da parte das instâncias decisoras em matéria de comércio internacional, ver Jenny, 2003: 618.

a OCDE e a UNCTAD²⁹⁷. Embora a atividade de qualquer destas organizações internacionais exceda largamente a área da política de concorrência, ambas têm apadrinhado projetos de convergência do DdC tendo por base a aprovação de regras não vinculativas. A abordagem adotada é, todavia, diversa e reflete a diferente ponderação de interesses, mormente a preponderância dos interesses dos países desenvolvidos no âmbito da OCDE e o relevo conferido às preocupações dos países em desenvolvimento no seio da UNCTAD, circunstância que limita o alcance das respetivas propostas²⁹⁸. Um exemplo interessante desta diferença são os modelos de leis da concorrência desenvolvidas por ambas organizações internacionais²⁹⁹ – no caso da OCDE, em parceria com o Banco Mundial –, as quais incluem os três principais tipos de comportamento visados pelo DdC – acordos/práticas concertadas, abuso de posição dominante/monopolização e controlo das concentrações –, mas diferem substancialmente pelo facto de o modelo proposto pela UNCTAD incluir objetivos mais abrangentes de desenvolvimento, enquanto as diretrizes da OCDE/Banco Mundial se centram em objetivos de eficiência económica e bem-estar dos consumidores³⁰⁰.

b) Iniciativas de índole unilateral: extensão do princípio da territorialidade e a ICN

A promoção de regras internacionais de DdC pela via unilateral repousou durante largas décadas na extensão do âmbito territorial de aplicação de regras nacionais da concorrência, matéria na qual o *antitrust* norte-americano foi pioneiro³⁰¹. Na verdade, o “*jurisdictional unilateralism*” corresponde a uma

297 Cfr. Fox & Arena, 2010: 476-484. No âmbito da UNCTAD cumpre referir o “*Set of Principles and Rules of Competition*”, conjunto de princípios e regras em matéria de concorrência desenvolvidos pela UNCTAD mas cujo alcance prático é, todavia, muito limitado em virtude da sua força vinculativa depender da adesão voluntária das empresas multinacionais; sobre o ponto, ver Gerber, 2010: 106-109.

298 Sobre este ponto, ver Gerber, 2010: 106-109. Na perspetiva mais geral do papel destas organizações internacionais na promoção do desenvolvimento, ver Paz Ferreira, 2004.

299 Os modelos de lei de defesa da concorrência da OCDE/Banco Mundial e da UNCTAD encontram-se disponíveis *online* respetivamente em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/aframeworkforthedesignandimplementationofcompetitionlawandpolicy.htm> e <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>.

300 Para uma comparação de ambos os modelos de leis de defesa da concorrência, ver Lee, 2007: 29-53.

301 A opção pelo “*unilateral jurisdictionalism*”, para utilizar a expressão empregue por Gerber, representou o preenchimento pelos EUA de uma lacuna criada pela inexistência de regras internacionais de DdC. Sobre a evolução do “*unilateral jurisdictionalism*”, ver Gerber, 2010: 59-77. Para uma análise de um conjunto de casos mediáticos (fusões Boeing/McDonell-Douglas e General Electric/Honeywell, caso Microsoft, etc.)

resposta – de duvidosa legitimidade, é certo – ao falhanço das tentativas *multi-laterais* de instituir regras de concorrência de alcance global:

“A world of *American Banana* (antitrust law stops at a nation’s shores) would be hardly be tenable in a globalized world without global law. Nations without a competitive domestic-based industry in any particular good would be powerless to protect themselves from off-shore conspirators. The whole world would be cartelized. Had U.S. jurists not pioneered the effects doctrine, which is now accepted throughout the world in one form or the other, *world antitrust would have long since have emerged*. For more than half a century, availability of the effects doctrine, combined with the near consensus of nations to apply antitrust law nondiscriminatorily to foreign as well as domestic firms that harm the domestic market, *has taken the pressure off the need for international antitrust*. Internationalization has crept more readily and seamlessly into other areas of law – environment, labor, intellectual property – that no less obviously must address effects that rise above national borders.”³⁰² [ênfase a itálico nosso]

Mais recentemente a via *unilateral* assumiu um formato diverso. Em 2001, sob o impulso dos EUA e contando com o apoio da UE e do Canadá, foi criada a ICN, uma rede de autoridades nacionais de defesa da concorrência organizadas em diversos grupos de discussão e dedicada ao debate sobre as melhores práticas (*best practices*) nos diversos domínios de intervenção do DdC³⁰³. O objetivo global é o de atingir maior uniformidade por via da *convergência* das práticas adotadas pelas autoridades nacionais de defesa da concorrência rede de autoridades nacionais de defesa da concorrência. A razão pela qual a ICN é mencionada em sede dos esforços unilaterais para desenvolver um DdC internacional reside na circunstância de o esforço de *convergência* pressupor que a via unilateral é e permanecerá dominante no contexto internacional. Por outro lado, a convergência empreendida em sede de ICN toma por referência o DdC e as melhores práticas adotados nos países desenvolvidos. A via trilhada pela ICN tem suscitado críticas por parte de alguns setores que

que envolveram a aplicação unilateral do DdC europeu e do *antitrust* norte-americano e os conflitos daí resultantes, ver Podszun, 2003: 135 ss.

302 Fox, 2003: 356-357. É certo que a possibilidades de algumas jurisdições se poderem socorrer da extensão unilateral do âmbito de aplicação do seu DdC lhes permitiu boicotarem a implementação de soluções multilaterais, embora o fracasso destas não possa ser exclusivamente assacado aos países desenvolvidos.

303 Para uma caraterização sumária da ICN e do trabalho desenvolvido por esta, ver Gerber, 2010: 109-110.

não vêm nos esforços de convergência empreendidos pela ICN outra coisa que não uma forma encapotada de ‘exportação’ do DdC dos países desenvolvidos³⁰⁴. O veredito tem tanto de injusto quanto de exagerado, porquanto a ICN constitui um importante fórum de discussão e troca de experiências que opera na base da persuasão e do consenso³⁰⁵, algo que de resto não foi obtido em áreas importantes e tradicionalmente propensas a dissensos no DdC, tais como a apreciação jusconcorrencial de comportamentos unilaterais em sede de abuso de posição dominante/monopolização e as restrições à concorrência no âmbito de relações verticais³⁰⁶. Em todo o caso, a ICN não visa atender especificamente às preocupações dos países em vias de desenvolvimento, pelo que os esforços de convergência nessa sede não resolvem os desafios inerentes à limitação da eficácia do DdC nestes países.

6.3. Integração regional e política de concorrência

Os acordos bilaterais e multilaterais que têm por objeto a liberalização do comércio ou, de forma mais ampla, a integração económica³⁰⁷ entre países ou no âmbito de espaços regionais, incluem amiúde disposições de DdC. Os exemplos de projetos de integração regional que integram ou estão próximos de integrar regras de defesa da concorrência de âmbito supranacional são múltiplos: a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), a Comunidade Económica dos Estados da África Oriental (WAEMU), o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA)³⁰⁸, a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC), a Comunidade das Caraíbas (CARICOM), a Comunidade Andina (CAN) e o MERCOSUL³⁰⁹.

304 Neste sentido ver Wigger, 2005, a qual se refere hiperbolicamente a uma “*convergence crusade*”.

305 Para uma análise do trabalho desenvolvido pela ICN, apresentado em jeito de balanço no décimo aniversário da sua criação, ver Hollman, Kovacic & Robertson 2012: 89 ss.

306 Gerber, 2010: 110.

307 A liberalização das trocas comerciais sob a forma da criação de uma área de comércio livre ou da instituição de uma união aduaneira corresponde igualmente a um processo de integração económica, mas esta é mais abrangente e envolve dimensões que ultrapassam a mera liberalização dos fluxos comerciais. Sobre a matéria ver, por exemplo, Behrens, 1981; e Porto, 2009.

308 Ainda recentemente, o Mercado Comum da África Oriental e Austral (Common Market for Eastern and Southern Africa, designado pelo acrónimo COMESA) introduziu um novo regime de controlo das concentrações; sobre o assunto ver Rudman & Wilson, 2013: 368-374.

309 Para uma referência geral a esta matéria, ver Gal & Wassmer, 2012: 291 e ss; para uma referência mais detalhada a alguns destes acordos de integração regional, incluindo uma avaliação do estado em que se encontra a adoção e/ou implementação de regras de concorrência, ver os respetivos capítulos incluído *in* Drexler, Bakhroum, Fox, Gal & Gerber, 2012.

No caso dos países em vias de desenvolvimento a inclusão de regras de concorrência de âmbito regional justifica-se menos pela necessidade de preservar os benefícios resultantes da liberalização do comércio regional³¹⁰ do que por outras razões. Com efeito, a reduzida dimensão dos fluxos comerciais inter-regionais por comparação com aqueles que envolvem países terceiros – mormente países desenvolvidos – indicia que a maior vantagem que pode resultar da adoção de uma política de concorrência regional é a plena integração dos países em vias de desenvolvimento nos benefícios económicos da globalização através do combate às restrições da concorrência de alcance multi-jurisdicional³¹¹. Nesta perspetiva, o maior benefício de uma política regional de concorrência reside no seu contributo para a resolução do problema de *ação coletiva* que impede que, isoladamente, os DdC nacionais consigam fazer face às restrições da concorrência oriundas de empresas sediadas em países terceiros³¹². No entanto, existem outros benefícios associados à inclusão de regras de defesa da concorrência no âmbito de acordos de integração económica regional. Desde logo, a aplicação do DdC à escala regional pode trazer importantes *economias de escala*, tanto mais importantes para países que sofrem de escassez de recursos humanos e financeiros disponíveis para a aplicação do DdC. Também a falta de peso interno da política de concorrência pode ser atenuada com a existência de uma política regional de concorrência que contrarie a pressão exercida pelo poder político no sentido da manutenção de restrições à concorrência e da exclusão da política de concorrência da agenda pública³¹³. Refiram-se ainda a necessidade de articulação entre ENDCs para combater com eficácia práticas anticoncorrenciais de âmbito regional e as possibilidades de cooperação oferecidas no âmbito de acordos de integração económica regional, mormente ao nível da troca de informações, da realização de diligências em diversas jurisdições e da aplicação de sanções a empresas localizadas fora da área de jurisdição da ENDC³¹⁴.

310 Neste sentido ver Drexl, 2012: 234-236.

311 Drexl, 2012: pp 238-239.

312 Sobre os benefícios associados à inclusão de regras de concorrência em acordos de integração económica regional, ver Fox, 2012: 286-287, Drexl, 2012: 242-243) e Gal & Wassmer, 2012: 293-297.

313 Sobre este ponto ver Drexl, 2012: 242-243. Para uma análise dos fatores (incentivos e desincentivos) que podem motivar a decisão *política* ao nível nacional no sentido de integrar e aplicar um sistema regional de defesa da concorrência, ver Gerber, 2012: 258-270.

314 Neste sentido refere Jenny (Jenny, 2006: 134) que “*a number of potentially anticompetitive mergers involve firms based in developing countries that are simultaneously present in several neighbouring countries*”

Ao contrário do que sucede no âmbito das relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, a cooperação entre estes últimos no âmbito de acordos de integração económica regional oferece maiores probabilidades de sucesso em atenção ao facto de envolver atores com menores assimetrias entre si e, por essa razão, com uma maior convergência de interesses.³¹⁵ No entanto, muitas das potencialidades oferecidas pelos acordos de integração regional tardam em materializar-se. E quando tal sucede permanecem por resolver os problemas que afetam a dimensão *interna* do DdC na sua configuração e aplicação nos países em vias de desenvolvimento³¹⁶ uma vez que, salvo raras exceções³¹⁷, as normas de âmbito regional não se aplicam a situações puramente internas. Com efeito, um traço comum aos diversos projetos de integração regional e que explica o seu limitado sucesso no âmbito do DdC é a ausência dos instrumentos normativos necessários – desde logo o primado e o efeito direto que assistem o Direito europeu³¹⁸ –, bem como de uma estrutura institucional supranacional³¹⁹ que possibilite a aplicação efetiva, coerente e uniforme das regras de concorrência. O que a experiência demonstra é que a inclusão de regras de concorrência no âmbito de projetos de integração económica regional apresenta inegáveis potencialidades, das quais apenas uma pequena parte se tem concretizado. Em todo o caso, a consagração de regras

and the fact that such firms pursue regional strategies in terms of investment, marketing, production, employment and competition (for example, the production and the distribution of beer, the production of cement etc.) suggests that developing countries would indeed benefit greatly from regional agreements on competition law enforcement, whether such agreements are part of trade agreements or are stand alone agreements between national competition agencies”.

315 Neste sentido ver Heimler & Jenny, 2013: 183 (“*Regional agreements on cooperation in competition seem to be more promising largely because the cooperating countries may have more of an incentive to cooperate that pairs of developed and developing countries unequal in size and with different stakes and unbalanced trade flows*”). Em sentido semelhante, ver Drexl, 2012: 239-241.

316 Como bem refere Drexl (Drexl, 2012: 243): “[w]hile regional competition policy is better placed than national competition policies to secure economic benefits from globalization, regional competition policy is less well equipped to establish a competition culture on the ground”.

317 A Comunidade Económica dos Estados da África Oriental (WAEMU) prevê essa possibilidade, embora com resultados assaz modestos; para uma análise crítica do sistema de defesa da concorrência na WAEMU, ver Mor Bakhoum/Julia Molestina, ‘Institutional coherence and effectiveness of a regional competition policy: the case of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU)’ in Drexl *et alii* (2012), pp 89 ss. Uma alternativa mais modesta mas porventura mais eficaz é a possibilidade dos governos nacionais se socorrerem diretamente no âmbito interno de normas jusconcorrenciais de âmbito regional (*‘downloading’*), tal como sucede na Comunidade Andina desde a Decisão 608 de 2005; sobre a matéria ver Cortázar, 2012: 133 ss.

318 Neste sentido, ver Heimler & Jenny, 2013: 196-201.

319 Heimler & Jenny, 2013: 196-201.

de concorrência de âmbito regional não substitui, e muito menos resolve, as debilidades *internas* que afetam os sistemas nacionais de defesa da concorrência. Aliás, a persistência dessas debilidades pode mesmo contaminar e em última análise inviabilizar a tentativa de implementar uma política regional de concorrência³²⁰. Assim, sem prejuízo das reflexões avançadas pela literatura no que respeita ao aperfeiçoamento de políticas regionais de concorrência³²¹, tal não nos deve distrair da dimensão *interna* e das razões que explicam as limitações do DdC nesse âmbito.

VII. CONCLUSÃO

Chegado o momento de concluir importa retomar muito sucintamente as principais pistas de reflexão avançadas nas páginas precedentes. Partindo da experiência do *antitrust* norte-americano e do DdC europeu, pretendeu-se evidenciar o contributo do DdC para uma visão holística do desenvolvimento económico (*Amartya Sen*) que conjugue *eficiência* e *desenvolvimento*, mormente através da correção dos efeitos *redistributivos* associados às práticas anticoncorrenciais. Estes últimos afiguram-se particularmente nocivos nos países em vias de desenvolvimento, atento o elevado grau de *concentração económica* e as *assimetrias sócio-económicas* que os mesmos exibem e o impacto destes fatores no desenvolvimento económico. Sem negar que o conceito de países em vias de desenvolvimento abrange uma realidade multiforme, estes não deixam de partilhar um conjunto de características comuns cuja relevância e impacto na configuração e implementação do DdC não deve ser menosprezada e que põem em causa qualquer pretensão de normatividade de um determinado modelo de DdC (*one size does not fit all*). No que toca à concretização destes aspetos em sede de configuração e implementação de regras de concorrência, avançaram-se algumas pistas de reflexão. Desde logo, no que respeita à (i) *formulação* das normas, devem ser enumeradas *prioridades* e *objetivos* a atingir, utilizando para o efeito normas *claras* e *sucintas* (*bright-line rules*); referiu-se igualmente que a inclusão de *presunções* (*juris tantum*), apoiada na experiência oferecida por outros ordenamentos, pode constituir um auxiliar precioso no momento de interpretação e aplicação das normas. Apontou-se ainda para a

320 Sobre os desafios de promover uma cultura de concorrência por via de uma política de concorrência regional sem o adequado suporte nacional, ver Drexl, 2012: 243-244. Com uma opinião parcialmente diversa, desvalorizando a relevância da existência de uma cultura de concorrência ao nível nacional para o sucesso de uma política de concorrência regional, ver Gal & Wassmer, 2012: 305-306.

321 Ver, por todos, as sugestões formuladas em Gal & Wassmer, 2012: 314-318.

necessidade de evitar áreas de exceção (setores económicos, empresas, atividades) que ponham em causa a aplicação *horizontal* do DdC. A importância de definir claramente áreas de intervenção *prioritária* aflora com particular acuidade no que toca à (ii) consagração de regras de defesa da concorrência face a *comportamentos* anticoncorrenciais. Nesta matéria advoga-se que seja dedicada particular atenção aos *setores económicos* (mormente o setor primário) e às *práticas anticoncorrenciais* com maior impacto junto das camadas mais desfavorecidas da população, matéria na qual a realização prévia de estudos de mercado poderá dar um importante contributo. Advogou-se, além da consagração de regras que reprimam e sancionem formas anticoncorrenciais de cooperação entre as empresas, a adoção de soluções normativas inspiradas no artigo 102.º do TFUE (ao invés da consagração da figura da *monopolization*, consagrada na secção 2 do *Sherman Antitrust Act*), atenta a necessidade de abranger os chamados *abusos de exploração* e de adotar um entendimento mais abrangente de comportamentos que configurem uma recusa em contratar. Pelo contrário, reputou-se de desaconselhável a consagração da proibição do *abuso de dependência económica*, atento o perigo da sua aplicação indiscriminada consumir recursos humanos e financeiros necessários a outras finalidades.

Referiu-se também a necessidade de o DdC ocupar-se igualmente (iii) da prevenção de *estruturas* de mercado propiciadoras de ilícitos anticoncorrenciais através do *controlo das concentrações*, o qual pode evoluir de forma *gradual* de um controlo *seletivo ex post* para um controlo *sistemático ex ante*. Neste particular importa atentar nas características dos mercados nos países em vias de desenvolvimento, mormente a sua reduzida dimensão e respetivas implicações práticas: “*high industrial concentration levels, high entry barriers and below-MES (minimum efficient scale) levels of production*” (Gal). Importa ainda atentar na existência de incentivos a que as empresas promovam o seu crescimento de forma *endógena* – do qual resulta a formação de *conglomerados* –, atenta a inexistência de um mercado financeiro eficiente que possibilite o crescimento *exógeno*.

No que toca às (iv) sanções aplicáveis, procedeu-se à distinção de dois problemas distintos: o da seleção do *tipo* de sanção mais adequada, matéria relativamente à qual não parece aconselhável a introdução de *sanções penais*; e o da *determinação* da sanção aplicável, *maxime* quantificação de sanções pecuniárias a partir do *volume de negócios* do(s) infrator(es) e da *gravidade* da infração, matéria relativamente à qual se defendeu a conveniência de regras *transparentes* para a determinação da sanção aplicável e a consagração de três circunstâncias relevantes para a quantificação da sanção: o *estado de dependência*

econômica, a *capacidade financeira* do infrator e a *transferência de riqueza* operada pelo comportamento anticoncorrencial.

No que tange aos aspetos *institucionais*, de particular relevância no âmbito da implementação do DdC, destacaram-se três aspetos referentes à ENDC que se afiguram da maior relevância no contexto dos países em vias de desenvolvimento: a questão da *arquitetura institucional*, relativamente à qual se manifestou uma preferência pelo modelo integrado de tipo administrativo (*integrated agency model*) implementado no âmbito de uma solução *gradualista*; a questão das *garantias* no exercício das funções de defesa da concorrência a qual passaria, entre outros aspetos, pela consagração de um regime de *incompatibilidades* e *impedimentos*; e o papel fundamental da ENDC na promoção da *competition advocacy*, instrumento indispensável para complementar a ‘oferta’ de concorrência pela ENDC com o fomento da respetiva ‘procura’ por parte das autoridades públicas (*governmental advocacy*) e do público em geral (*public advocacy*).

Referiram-se, por fim, as virtualidades dos projetos de integração económica de âmbito regional no sentido de ultrapassar as limitações decorrentes do *princípio da territorialidade* na aplicação do DdC – e que se traduzem na exposição a práticas anticoncorrenciais de alcance *multijurisdicional* (e.g. cartéis de exportação) particularmente gravosas para os países em vias de desenvolvimento – e de proporcionar uma plena integração dos países em vias de desenvolvimento nos benefícios económicos da globalização. Em todo o caso, a resolução dos desafios *externos* à aplicação do DdC passa necessariamente por tratar de forma eficaz as causas do déficit de aplicação *interno*, as quais residem em boa parte na dupla problemática da *configuração* e *implementação* das regras de defesa da concorrência nos países em vias de desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA (SELEÇÃO)

ANDERSON, Robert D. & MÜLLER, Anne Caroline

2013 *Competition and Poverty Reduction: A Holistic Approach*, disponível em: http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201302_e.htm [consultado em: 31.12.2014].

BACHER, Philip Y.

2009 *Entwicklungsperspektiven des Kartellrechts im Rahmen des TRIPS-Abkommens*, Bern: Stämpfli.

BAILEY, David

2010 “Presumptions in EU Competition Law”, in *European Competition Law Review*, vol. 31, n.º 9, pp. 362-369.

BAKHOUM, Mor

2007 *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)*, Bern: Stämpfli/Bruylant.

2011 “A Dual Language in Modern Competition Law? *Efficiency Approach* versus *Development Approach* and Implications for Developing Countries”, in *World Competition*, vol. 34, n.º 3, pp. 495-522.

2012 “Reflections on the concepts of ‘economic freedom’, ‘free competition’ and ‘efficiency’ from the perspective of developing countries”, in Daniel Zimmer (ed), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar.

BEHRENS, Peter

1981 „Integrationsstheorie“, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 45, pp. 8-50.

BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina & RICHARD, Jean-François

2002 “Economic development, legality and the transplant effect”, in *European Economic Review*, vol. 47, pp. 165-195.

BONAKELE, Tembinkosi & MNCUBE, Liberty

2012 “Designing Appropriate Remedies for Competition Law Enforcement: The *Pioneer Foods* Settlement Agreement”, in *Journal of Competition Law and Economics* vol. 8, n.º 2, pp. 425-447.

BUCH-HANSEN, Hubert & WIGGER, Angela,

2011 *The Politics of European Competition Regulation: A Critical Political Economy Perspective*, Oxford: Routledge.

CHARBIT, Nicolas, RAMUNDO, Elisa, CHEHTOVA, Anna & SLATER, Abigail

2012 *William E. Kovacic: An Antitrust Tribute – Liber Amicorum*, volume I, New York: Institute of Competition Law.

- CHARBIT, Nicolas & RAMUNDO, Elisa
 2013 *Competition Law on the Global Stage*, New York: Institute of Competition Law.
- 2014 *William E. Kovacic: An Antitrust Tribute - Liber Amicorum*, vol. II, New York: Institute of Competition Law.
- CONFRARIA, João
 2010 *Regulação e Concorrência: Desafios do Século XXI*, 2.^a edição, Lisboa: UCE.
- COOTER, Robert & SCHAEFER, Hans-Bernd
 2012 *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*, Princeton: Princeton University Press.
- DABBAH, Maher M.
 2013 "Competition Policy and Law in Developing Countries: A Critical Assessment to the Challenges of Establishing an Effective Competition Law Regime", in *World Competition*, vol. 33, n.º 3, pp 457-475.
- DREXL, Josef
 2004 "International Competition Policy after Cancún: Placing a Singapore Issue on the WTO Development Agenda", in *World Competition*, vol. 27, n.º 3, pp 419-457.
- DREXL, Josef, BAKHOUM, Mor, FOX, Eleanor M., GAL, Michal S. & GERBER, David J.
 2012 *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, Cheltenham: Edward Elgar.
- DUTZ, Mark A., ORDOVER, Janusz A. & WILLIGER, Robert D.
 2000 "Entrepreneurship, access policy and economic development: Lessons from industrial policy", in *European Economic Review*, vol. 44, n.º 4, pp. 739-747.
- DUTZ, Mark A. & VAGLIASINDI, Maria
 2000 "Competition policy implementation in transition economies: An empirical assessment", in *European Economic Review*, vol. 44, n.º 6, pp. 762-772.
- DUARTE, David, PINHEIRO, Alexandre Sousa, ROMÃO, Miguel Lopes & DUARTE, Tiago
 2002 *Legística: Perspectivas sobre a Conceção e Redacção dos Actos Normativos*, Coimbra: Almedina.
- EMMERT, Frank, KRONTHALER, Franz & STEPHAN, Johannes
 2005 *Analysis of statements made in favour of and against the adoption of competition law in developing and transition economies*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2341766> [consultado em: 31.12.2014].
- EZRACHI, Ariel
 2012 *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar.

FERREIRA, Eduardo Paz

2004 *Valores e Interesses: Desenvolvimento Económico e Política Comunitária de Cooperação*, Coimbra: Almedina.

FETEIRA, Lúcio T.,

2012 “(Right to) Development and International Transfer of Technology: A Competition Law Perspective”, in Cunha, Mário Viola de Azevedo, Andrade, Norberto Nuno Gomes de, Lixinski, Lucas & Feteira, Lúcio Tomé (eds.), *New Technologies and Human Rights: Challenges to Regulation*, Surrey: Ashgate.

FIKENTSCHER, Wolfgang

2004 *Culture, Law and Economics: Three Berkeley Lectures*, Bern: Stämpfli.

Fox, Eleanor M.

1990 “The Sherman Antitrust Act and the World – Let Freedom Ring”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 59, n.º 1, pp. 109-118.

2003 “Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and Legitimacy”, in *Antitrust Bulletin*, vol. 48, pp. 355-376.

2007 “Economic Development, Poverty and Antitrust: The Other Path”, in *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, vol. 13, pp. 211-236.

2010 “Antitrust and Institutions: Design and Change”, in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, pp. 473-488.

Fox, Eleanor M. & TREBILCOCK, Michael J.

2012 *The design of competition law institutions: global norms, local choices*, Oxford: OUP.

GAL, Michal S. & Fox, Eleanor M.

2014 *Drafting Competition Laws for developing Jurisdictions: Learning from Experience*, disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=nyu_lewp [consultado em: 31.12.2014].

GAL, Michal

2003 *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard: Harvard University Press.

2004 *The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries*, disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=665181> [consultado em: 31.12.2014].

2013 *Merger policy for Small and Micro Jurisdictions*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2202718> [consultado em: 31.12.2014].

GERBER, David J.

2010 *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford: OUP.

HEIMLER, Alberto & JENNY, Frédéric

2013 “Regional Agreements”, in Lewis, David (ed.), *Building New Competition Law Regimes: Selected Essays*, Cheltenham: Edward Elgar.

HOEKMAN, Bernard & MAVROIDIS, Petros C.

2002 *Economic Development, Competition Policy and the WTO*, disponível em: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2002/11/22/000094946_02111404425138/Rendered/PDF/multi0page.pdf [consultado em: 31.12.2014]

ICN

2002 *Advocacy and Competition Policy – Report prepared by the Advocacy Working Group* disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf> [consultado em: 31.12.2014].

2009 *Special Project for the 8th Annual Conference: Competition in Small Economies*, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc385.pdf> [consultado em: 31.12.2014].

JENNY, Frédéric

2006 “Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence”, in *World Competition*, vol. 29, n.º 1, pp. 109-137.

KOVACIC, William E.,

1995 “Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe”, in *DePaul Law Review*, vol. 44, pp. 1197-1224.

1998 “Getting started: creating new competition policy institutions in transition economies”, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 23, n.º 2, pp. 403-453.

2000 “Antitrust and Competition Policy in Transition Economies: A Preliminary Assessment”, in Hawk, Barry (ed.), *International Antitrust Law and Policy: Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, New York: Juris Publishing.

2001 “Institutional Foundations for Economic Legal Reform Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement”, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 77, pp. 265-315.

KRONTHALER, Franz

2007 *Effectiveness of Competition Law: a Panel Data Analysis*, disponível em: <http://www.iwh-halle.de/e/publik/disc/7-07.pdf> (consultado em: 31.12.2014)

2007a *Implementation of Competition Law in Developing and Transition Countries*, Baden-Baden: Nomos.

LANDE, Robert S.

1982 “Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: the efficiency interpretation challenged”, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2065413> [consultado em: 31.12.2014].

LANDES, William M.

1983 *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2543&context=journal_articles [consultado em: 31.12.2014].

LEE, Cassey

2007 “Model competition laws”, in Cook, Paul, Fabella, Raul & Lee, Cassey (ed.), *Competitive Advantage and Competition Policy in Developing Countries*, Cheltenham: Edward Elgar.

LIANOS, Ioannis & SOKOL, Daniel D.

2012 *The Global Limits of Competition Law*, Stanford: Stanford Law Books.

LIANOS, Ioannis

2013 *Competition Law Remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion?*, disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/index/edit/research-papers/cles-2-2013> [consultado em: 31.12.2014].

MATEUS, Abel

2010 “Competition and Development: Towards an Institutional for Competition Enforcement”, in *World Competition*, vol. 33, n.º 2, pp. 275-300.

Max-Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law

2006 *ICN Unilateral Conduct Working Group: Responses to the Questionnaire*, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/questionnaires/uc%20objectives/drexl.pdf> [consultado em: 31.12.2014]

MORAIS, Luís D. S.

2009 *Os conceitos de objecto e efeito restrictivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Coimbra: Almedina.

2009a *Direito da Concorrência: Perspectivas do seu Ensino*, Coimbra: Almedina.

2013 “Competition Law and Policy in Times of Crisis and Economic Change” (editorial), in *The Competition Law Review*, vol. 9, n.º 2, pp. 169-192, disponível em <http://www.clasf.org/CompLRev/downloads/Vol9Issue2.htm> [consultado em: 31.12.2014]

MOTTA, Massimo

2004 *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge: CUP.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim & SCHWEITZER, Heike

2014 *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, München: C.H. Beck.

- OLIVEIRA, Gesner & FUJIWARA, Thomas
 2006 “Competition Policy in Developing Economies: the Case of Brazil”,
 in *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 26, n.º 3,
 pp. 619-641.
- PATEL, Kiran Klaus & SCHWEITZER, Heike
 2013 *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford: OUP.
- PEÑA, Julián
 2006 “Competition policies in Latin America: post-Washington Consensus”,
 in Marsden, Philip (ed.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*,
 Cheltenham: Edward Elgar.
- PERITZ, Rudolph J. R.
 2008 *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law*, Oxford: OUP.
- PRADO, Mariana Mota
 2010 *What is Law & Development?*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1907298> [consultado em: 31.12.2014].
- PODSZUN, Rupprecht
 2003 *Internationales Kartellverfabrensrecht*, Bern: Stämpfli.
- PORTO, Manuel Carlos Lopes
 2009 *Teoria de Integração e Políticas Comunitárias: face aos desafios da globalização*,
 Coimbra: 2009.
- RODRIGUEZ, A. E. & MENON, Ashok
 2010 *The Limits of Competition Policy: The Shortcoming of Antitrust in Developing
 and Reforming Economies*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- SCHWEITZER, Heike
 2007 *Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What
 are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec.
 2 Sherman Act and Art. 82 EC*, disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bits-tream/handle/1814/7626/LAW-2007-32.pdf?sequence=3> [consultado em:
 31.12.2014]
- 2012 “Efficiency, political freedom and the freedom to compete”, in Zimmer,
 Daniel (ed.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar.
- SINGH, Ajit
 2002 *Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and
 Developmental Issues*, disponível em: [http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP246.
 pdf](http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP246.pdf) [consultado em: 31.12.2014].
- SOKOL, D. Daniel, CHENG, Thomas K. & LIANOS, Ioannis
 2013 *Competition Law and Development*, Stanford: Stanford Law Books.

SPAGNOLO, Giancarlo

2008 “Leniency and Whistleblowers in Antitrust”, in Buccirossi, Paolo (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge/Massachusetts: MIT Press.

STEWART, Taimoon, CLARKE, Julian & JOEKES, Susan

2007 *Competition Law in Action: Experiences from Developing Countries*, disponível em: <http://www.idrc.ca/EN/Resources/Publications/Pages/NonIDRCBook-Details.aspx?PublicationID=1015> [consultado em: 31.12.2014].

TREBILCOCK, Michael J. & IACOBUCCI, Edward M.

2002 “Designing Competition Law Institutions”, in *World Competition*, vol. 25, n.º 3, pp. 361-394.

UNCTAD

2004 *Competition Policy for Development: A Report on UNCTAD’s Capacity Building and Technical Assistance Programme*, disponível em: http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/capacity_building_report.PDF [consultado em: 31.12.2014].

WHISH, Richard & TOWNLEY, Cristopher,

2012 *New competition jurisdictions: shaping policies and building institutions*, Cheltenham: Edward Elgar.

WILLIAMSON, John

2004 *The Washington Consensus as a Policy Prescription for Development*, disponível em: <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0204.pdf> [consultado em: 31.12.2014].

2004a *A Short History of the Washington Consensus*, disponível em: <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf> [consultado em: 31.12.2014].

WORLD ECONOMIC FORUM

2015 *The Global Competitiveness Report*, disponível em: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/> [consultado em: 31.12.2014].