

EDITORIAL

João Espírito Santo Noronha

Luís Silva Morais

A *Revista de Concorrência e Regulação* nasce neste início de 2010 como um projecto assumidamente original, tendo como ponto de partida a cooperação científica entre um Instituto Universitário (o Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa – IDEFF) e a Autoridade Portuguesa da Concorrência (ADC). Independentemente desse ponto de partida, trata-se de um projecto aberto à colaboração activa de todas as entidades de alguma forma envolvidas – a título individual ou institucional – na elaboração científica e na análise de problemas de direito da concorrência e de regulação sectorial da economia.

Esta origem do projecto encontra-se também associada – não por coincidência – à sua matriz editorial e orientação de fundo. *Pretende-se combinar a investigação científica rigorosa nos domínios do direito da concorrência e da regulação da economia e a exposição ou discussão crítica a par e passo dos seus resultados com a análise assente na própria experiência de aplicação das normas em causa e do desenvolvimento concreto das respectivas políticas de concorrência e regulação.*

Esta segunda vertente leva-nos a convocar essa experiência de concretização ou de *law in action* das normas de concorrência e regulação por parte das Autoridades envolvidas nesse processo – *v.g.* da ADC, como um dos promotores do projecto, conquanto num plano de reflexão crítica absolutamente

independente em colaboração com o universo académico, que não pode ser confundido com a esfera de actuação institucional de supervisão e sancionatória desta entidade – bem como por parte de todas as entidades envolvidas nessa mesma experiência, compreendendo empresas destinatárias da aplicação das referidas normas e os seus consultores jurídicos ou económicos (para além de outras entidades reguladoras, em Portugal, na UE e até num plano internacional mais alargado tendo presente a experiência actual da denominada *International Competition Network* – ICN).

Numa palavra, trata-se de convocar a experiência crítica de *law in action* de uma hoje já ampla *comunidade jurídico-económica* que acompanha as matérias de concorrência e regulação da economia (a qual, apesar da inegável expansão que tem conhecido em Portugal nos últimos anos, não tem tido entre nós à sua disposição um fórum especializado de discussão, permitindo o tratamento actualizado dos principais temas que vão marcando a agenda de tais processos de aplicação do direito da concorrência e da regulação da economia). Ao trazer-se, assim, à colação essa cada vez mais rica experiência de aplicação do direito da concorrência e de regulação da economia – fazendo confluir num quadro de reflexão crítica global a experiência nacional, a experiência da UE, que muito directamente a vem inspirando, e até a experiência norteamericana, que apresenta hoje profunda interacção com o contexto europeu em que nos situamos – pretende-se, nas páginas da nova Revista, tirar todas as consequências das características dessas áreas do direito.

Referimo-nos aqui à essencial *dimensão casuística* do direito da concorrência (que também se verifica no essencial em relação à regulação sectorial da economia, aqui tomada transversalmente como um todo, em função das características comuns do fenómeno regulatório nos vários sectores da economia). Na realidade, se faz sentido no presente referenciar uma *teoria económica da concorrência* e até uma *teoria jurídica da concorrência* – a que a Revista pretende dar expressão – é inegável que a *dimensão teórica* no domínio da concorrência se apresenta indissociavelmente ligada a uma densa *praxis* de concretização das respectivas normas (a qual conduz ao desenvolvimento de originárias regras com um conteúdo preceptivo muito genérico, envolvendo conceitos indeterminados e fixando as mais das vezes meros princípios orientadores, por forma a gerar *normas* através da sua própria *aplicação a situações concretas*). A Revista e o respectivo projecto editorial reflectem, pois, essa inevitável *dimensão casuística* do direito da concorrência e da regulação, a qual não deve, contudo, ser confundida com qualquer

défi ce de conceptualização e de elaboração científicas. Daí o seu apelo à participação de todos os envolvidos no processo de aplicação das respectivas normas, tendo como pressuposto para tal uma aptidão ou vocação para oferecer sínteses científicas das suas experiências diversificadas, gerando uma discussão global e contribuindo para a consolidação, em Portugal e – seja-nos permitida também essa ambição de partida – na UE, de uma verdadeira *cultura jurídico-económica de concorrência*.

Uma outra dimensão essencial do direito da concorrência e da área da regulação da economia marca também o nosso projecto editorial. Reportamo-nos aqui ao essencial carácter *interdisciplinar* do direito da concorrência e da regulação. Se o direito da concorrência já foi sugestiva e algo provocatoriamente descrito como uma espécie de terra de ninguém entre as trincheiras dos juristas e dos economistas, a nova Revista pretende contribuir para a interação e confluência interdisciplinares entre a reflexão científica de base jurídica e de base económica. Não se ignorando, por um lado, a inegável *dimensão normativa* dos princípios estruturantes do direito da concorrência e até dos respectivos processos de aplicação – o que por vezes tende a ser esquecido no presente, tal a força do pilar económico da concorrência desenvolvido ao longo dos últimos três decénios – importa, por outro lado, reconhecer que essa dimensão não sobrevive sem uma componente de análise económica que lhe ofereça base de sustentação.

Trata-se, pois, de uma *síntese* rara entre áreas de saber científico que oferece um especial elemento aliciente para o seu tratamento, mas ao mesmo tempo aumenta a sua complexidade (e cria também dificuldades em termos da sua recepção por um público mais vasto, que pode ser desencorajado por mensagens mais herméticas, que combinem as terminologias jurídica e económica, assim prejudicando a afirmação de uma política de concorrência por vezes redutoramente apresentada com um instrumento de modelos económicos neo-liberais). A nova Revista propõe-se, assim, reflectir essa *síntese* única – *jurídico-económica* – como sucede já no conteúdo deste seu número inaugural, e como se verifica também na composição dos seus órgãos (designadamente no seu Conselho Científico).

Noutro plano, o projecto que ora se empreende visa suprir uma lacuna que ainda persiste em Portugal nos domínios do direito da concorrência e da regulação da economia, em virtude do desenvolvimento tardio entre nós dos valores de defesa da concorrência, genericamente afirmados é certo desde a adopção da Constituição de 1976 – embora num quadro de origem com-

promissório e híbrido marcado pela desconfiança em relação à economia de mercado e fruto do período revolucionário que proporcionou a ruptura com a constituição económica do Estado Novo – mas apenas desenvolvido por influência da nossa adesão à então Comunidade Económica Europeia (CEE) em 1986 (com o primeiro regime geral de defesa da concorrência a vigorar efectivamente entre nós a ser aprovado em 1983, já no contexto das negociações da adesão à CEE). Desde então, e sobretudo desde a reforma ainda próxima no tempo de 2003, os progressos registados foram significativos e a confluência com o direito da concorrência da UE – a ponto de se justificar o estudo conjunto de normas nacionais da concorrência e da UE – acentuou-se. Não existirá, contudo, exagero na afirmação de que persistem lacunas essenciais entre nós no tratamento dos temas de direito da concorrência que urge colmatar. Para além disso, persiste difusamente uma relação contraditória com os valores de defesa da concorrência por parte de um conjunto apreciável de agentes intervenientes na actividade económica produtiva.

O programa subjacente ao lançamento da *Revista de Concorrência e Regulação* alimenta o propósito, de através da discussão crítica dos temas centrais da concorrência e da regulação – e da exposição e saudável confronto dialéctico de teses distintas – afastar alguns desses equívocos que rodeiam um *enforcement* mais vigoroso e ainda por consolidar das normas relevantes nesses domínios. A este respeito, importa notar que tais equívocos não são um exclusivo nacional, necessariamente ligado à juventude e menor amadurecimento desses temas entre nós (ou até a uma subterrânea desconfiança em relação à disciplina jusconcorrencial salvaguardando o livre funcionamento do mercado, que sobrevive ainda a partir do modelo subjacente à constituição económica do Estado Novo e à sua cultura de condicionamento industrial). A discussão em torno da adopção de um novo Tratado Europeu que permitisse contornar o impasse gerado pelo Tratado da Constituição Europeia e que veio a desembocar no Tratado de Lisboa – em vigor desde 1 de Dezembro de 2009 – evidenciou que os potenciais equívocos em torno dos valores de defesa da concorrência, do seu alcance e suas consequências para os cidadãos, persistem à escala europeia (determinando receios quanto a um suposto modelo económico excessivamente liberal que poderia gerar reacções desfavoráveis dos cidadãos europeus e conducente à eliminação das normas iniciais do Tratado Relativo ao Funcionamento da União Europeia do objectivo geral de *concorrência não falseada no mercado interno*, anteriormente consagrado no artigo 3.º, n.º 1, al. g) do Tratado CE).

Impõe-se também reconhecer que não existe um modelo unívoco de defesa da concorrência e que o próprio modelo da UE, que tem determinado quer a criação, quer a evolução de um moderno direito da concorrência entre nós, vem conhecendo profundas adaptações ou mutações nos últimos anos. Ora, esse reconhecimento, longe de representar uma crise ou menor solidez do direito da concorrência, reforça ainda mais a necessidade de promover discussões críticas alargadas sobre as diferentes perspectivas de dar corpo ou expressão aos valores fundamentais de defesa da concorrência, sem fugir ao confronto de *juízos de valor* que se encontram na base do próprio tecido normativo do direito da concorrência.

Em sùmula, move-nos a expectativa de que o conhecimento alargado destas matérias, compreendendo visões alternativas da defesa da concorrência, contribuirá para a afirmação geral de uma *cultura jurídico-económica de concorrência*, afastando ideias difusas que a pretendam associar a excessos do neo-liberalismo (tendência ou risco que se agrava circunstancialmente em períodos de crise como o que ora vimos atravessando).

Finalmente, este projecto assenta ainda no reconhecimento da plena inserção do direito nacional da concorrência no modelo de defesa da concorrência da UE, face a um verdadeiro processo de harmonização voluntária (*soft harmonization*) dos ordenamentos da concorrência dos Estados-Membros com o direito da concorrência da UE (na maior parte dos domínios de regulação sectorial da economia esse processo é ainda mais intenso, sendo os contornos essenciais da regulação de diversos sectores ditados por regras de *harmonização em sentido próprio* no quadro da UE). Para além disso, no actual contexto de *mundialização* das relações económicas em que se assistiu à proliferação de regras de concorrência na generalidade dos Estados da comunidade internacional – movimento impressionante nos últimos quinze a vinte anos – verifica-se também uma crescente interacção entre aqueles que vêm representando indiscutivelmente os modelos de referência de defesa da concorrência (o modelo norte-americano e o modelo da UE). As páginas de análise da *Revista de Concorrência e Regulação* dedicarão, assim, como já sucede neste número inaugural, uma atenção continuada a essa interacção entre o direito da concorrência norte-americano e da UE e aos seus respectivos corolários (bem como atenção à articulação entre os modelos de regulação da economia nos dois lados do Atlântico).

Todo este conjunto de aspectos norteando o projecto nascente da Revista de Concorrência e Regulação determinam características específicas desta publicação que a individualizam no contexto nacional das publicações científicas jurídicas (e jurí-

dico-económicas no sentido interdisciplinar acima assinalado) ou até num contexto mais alargado.

Entre outras características diferenciadoras justifica-se destacar três que se encontram desde logo inequivocamente expressas neste número inaugural.

Em primeiro lugar, impõe-se referir o *plurilinguismo* da publicação, traduzido num estatuto editorial que contempla a publicação de artigos em Português, Francês ou Inglês (devendo reconhecer-se, no actual contexto internacional de discussão dos temas fundamentais de concorrência, um peso essencial a prazo dos trabalhos científicos a publicar em língua inglesa). Trata-se, assim, de assumir na sua plenitude uma vocação de internacionalização da discussão destes temas, desde logo no quadro de referência da UE, mas alargando essa discussão a outros espaços em que o direito da concorrência e a regulação da economia vêm conhecendo expansão (sem esquecer aqui, em relação a uma publicação como esta, com origem em Portugal, o universo latino-americano, que se quererá também ver representado nas páginas da Revista e no qual se pretende vir a convocar um público leitor alargado).

Esta vocação para a discussão internacional dos principais temas tratados poderá vir também a encontrar expressão – a prazo – na publicação especial, com periodicidade mais espaçada, de números da Revista integrando, como destaques, alguns dos principais textos publicados em língua inglesa nos números com periodicidade regular da Revista.

Em segundo lugar, importa referir a vocação ou enfoque interdisciplinar da Revista, encontrando-se as suas páginas abertas à publicação de textos científicos de índole predominantemente jurídica ou económica, bem como de textos que fazem a síntese entre essas vertentes (espelhando a dimensão complexa, *jurídico-económica*, do direito da concorrência e também do fenómeno regulatório geral). Uma vez mais, essa opção é muito intencionalmente acolhida desde logo neste número inaugural, que compreende – como sucederá nos números subsequentes – artigos assinados por juristas e por economistas ou assumindo uma síntese entre esses dois domínios (privilegiando-se formas de facilitar esse diálogo científico, *v.g.* através da tendencial remissão de elementos complementares de demonstração quantitativa ou de análise matemática para *anexos* dos artigos, sem prejuízo da compreensão autónoma dos textos principais e tendo presente o exemplo de John Maynard Keynes, neste ponto muitas vezes esquecido, cujos textos económicos integravam um número relativamente reduzido de fórmulas matemáticas ou outros elementos correspondentes de demonstração quantitativa).

Em terceiro lugar, como forma de combinar, por um lado, a captação de artigos de valia junto de uma comunidade internacional ampla e diversificada de cultores do direito e da teoria económica da concorrência (bem como da regulação da economia) e, por outro lado, um crivo de elevada qualidade científica dos textos de análise a publicar, a *Revista de Concorrência e Regulação* inscreveu no seu estatuto editorial a adopção de um sistema de *peer review*, que se pretende consolidar no mais breve prazo (o qual se assume como inovatório, pelo menos no contexto das publicações periódicas jurídicas nacionais, embora corresponda a um modelo há muito assimilado em termos de publicações científicas no plano internacional). As condições para a utilização desse sistema encontram-se – no essencial – asseguradas através da composição do Conselho Científico da Revista, cujos membros intervirão para avaliar cientificamente as decisões de publicação dos textos (tendo-se assegurado nessa composição do Conselho Científico a participação de múltiplos nomes de referência no plano nacional e internacional, que representam à partida um especial estímulo e alento para os promotores do projecto, mas também um factor acrescido de responsabilização do qual nos encontramos cientes).

Em termos temáticos, há que assinalar a coincidência de a Revista de Concorrência e Regulação nascer num momento de especial encruzilhada para a evolução e afirmação do direito da concorrência e da regulação da economia.

Na realidade, após um período em que o movimento de expansão destes normativos e das políticas de concorrência parecia imparável – no quadro da reforma das anteriores economia de direcção centralizada e da adopção de modelos de abertura económica ao exterior por parte da generalidade dos Estados em vias de desenvolvimento – esse *acquis* recente e, em muitos casos, ainda precário, parece posto em causa pela crise económica internacional verificada em 2008 e 2009 (e iniciada em 2007).

O carácter sistémico que essa crise assumiu, fazendo recordar depois de um período prolongado de *exuberância* económica dos mercados – para ir buscar uma conhecida expressão de Alan Greenspan – as falhas e limitações do funcionamento do mercado e, por outro lado, o receio, mais circunstancial, de criar obstáculos à recuperação económica em perspectiva, podem conduzir a múltiplas pressões no sentido de um menor intervenção jusconcorrencial. O anterior Comissário Europeu da Concorrência Mário Monti referia sugestivamente a esse propósito o risco de, após um verdadeiro *eldorado* da política de concorrência em termos internacionais nos últimos anos, se assistir com a crise e no rescaldo desta a um crepúsculo dessa política. Em contrapartida,

e algo paradoxalmente, as condições excepcionais desta crise económica e a dimensão também excepcional – e porventura única em termos históricos – das *medidas de intervenção pública* dirigidas a evitar a passagem de uma recessão a uma depressão, tornam ainda mais necessária a aplicação rigorosa de instrumentos de direito da concorrência que possam prevenir todo o tipo de distorções no funcionamento da economia. Pensamos aqui em especial no controlo dos auxílios de Estado no plano da UE – *maxime* controlo e acompanhamento dos massivos auxílios autorizados em condições muito particulares ao sector financeiro – matéria a que se dedicará um dossier temático num dos próximos Números da *Revista de Concorrência e Regulação*.

Para além disso, tais condições excepcionais da crise económica, conduzindo à saída do mercado de múltiplas empresas, tendem também, reflexivamente, em importantes sectores da economia, a gerar fenómenos de reforço por vezes considerável do poder de mercado das empresas que sobrevivem mais ou menos incólumes, ou até com dimensão acrescida, às convulsões desses sectores. Tal realidade, conduz a uma necessidade acrescida de escrutínio jusconcorrencial rigoroso de potenciais práticas de abuso de posição dominante – ou de *monopolization* no contexto do direito *antitrust* norte-americano – por parte de tais empresas. A importância que tal escrutínio assume conduz-nos a dedicar neste número inaugural da Revista um dossier temático à figura do *abuso de posição dominante* (reflectindo também sobre as divergências que se têm feito sentir nesse domínio de controlo de práticas unilaterais por parte de empresas detentoras de elevado poder de mercado entre a aplicação de normas norte-americanas de concorrência e da UE, as quais podem ter começado a ser corrigidas ou invertidas pela Administração Obama através de novas iniciativas assumidas já no decurso de 2009 no domínio do regime de *monopolization*).

Necessidades acrescidas de escrutínio jusconcorrencial em determinados domínios fazem avultar, em contrapartida, a necessidade de adequadas garantias de defesa e salvaguarda dos potenciais infractores, em ordem a uma aplicação equilibrada das normas de concorrência. Nesse contexto, dedicou-se também neste número inaugural da Revista um dossier temático à matéria sensível do *direito ao silêncio do arguido em processos de contra-ordenação por infracções a regras de defesa da concorrência*.

No plano da regulação sectorial da economia – matéria sobre a qual o número inaugural da Revista já integra uma reflexão tendente a um diagnóstico do seu actual momento evolutivo – também a crise económica

gerou interrogações múltiplas e por vezes desencontradas sobre a verificação de graves *falhas de regulação* e a sua possível extensão. Tal tem conduzido a movimentos de reforma da regulação que vêm conhecendo a sua maior expressão no domínio da *regulação e supervisão do sector financeiro* (quer na UE, na sequência do Relatório Larosière, quer nos EUA, quer no plano internacional). A *Revista de Concorrência e Regulação* impõe-se como objectivo acompanhar esses movimentos de reforma, dedicando desde logo um dossier temático à *reforma da regulação financeira* num dos seus próximos Números.

Por uma curiosa coincidência, as pressões reformistas do direito da concorrência e da regulação sectorial da economia no plano da UE e internacional, em virtude da crise, conjugam-se com um momento em que se pode prefigurar um processo de reforma do regime nacional de defesa da concorrência, consagrado na Lei n.º 18/2003 (de 11 de Junho). Na realidade, o próprio artigo 60.º desta Lei n.º 18/2003 estabeleceu um princípio de *revisão do regime* após um período inicial de vigência, com vista à sua *adaptação para ter em conta a evolução do regime comunitário*. A desenhar-se essa primeira revisão de fundo no regime nacional de defesa da concorrência saído da reforma de 2003, a Revista constitui-se também no objectivo de funcionar como um fórum de discussão dos contornos dessa revisão das normas da concorrência.

Em súmula, e para parafrasear uma afirmação que marcou o princípio do fim da última grande crise internacional nos anos trinta do século XX, mesmo em tempos de incerteza e indefinição nada se deve temer senão o receio dessa própria incerteza (que paralisa e conduz à estagnação ou ao agravamento das dificuldades). O Projecto agora nascente da Revista de Concorrência e Regulação assume como propósito não recear as incertezas que se perfilam no nosso actual horizonte e, pelo contrário, assume-as como uma oportunidade para gerar o aperfeiçoamento continuado dos meios de defesa do funcionamento equilibrado dos mercados, gerando os maiores e mais alargados benefícios possíveis para a comunidade dos cidadãos. A chave para a boa utilização dessa oportunidade reside na discussão científica, crítica, exigente e plural dos principais problemas nos domínios da concorrência e da regulação económica. Essa discussão representa todo o programa da Revista neste seu ano inaugural e nos próximos anos.