



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A “Concorrência” como um Valor *Ens Realissimum*

Uma Análise de um Modelo *Deontológico-Competitivo*

Tomás Correia da Silva Carvalho Guerra

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A “Concorrência” como um Valor *Ens Realissimum*

Uma Análise de um Modelo *Deontológico-Competitivo*

Tomás Correia da Silva Carvalho Guerra

Orientador: Sofia Oliveira Pais

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025

RESUMO

No limiar em que o “conflito” deixa de ser uma mera categoria explicativa para se afirmar como uma força ontológica fundamental, ergue-se esta dissertação, que procura reintroduzir a Filosofia no Direito da Concorrência, concebendo-o não como subproduto económico, mas como expressão do *ser-no-mundo*. Discutimos o “processo de concorrência”, numa *rights-based approach*, em três perspetivas: (i) a sua teleologia jusfilosófica, incluindo o valor da concorrência como “fim em si mesmo”; (ii) a sua positivação, observando o TJUE e a CE quanto aos objetivos do DEC, articulando visões monistas, pluralistas, holísticas e dialéticas; e (iii) a comparação entre abordagem deontológica (*rights-based*) e utilitarista (*effects-based*), com atenção ao *consumer welfare*, segurança jurídica, coerência estrutural e convergência prática.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito; Liberdade; Poder; Concorrência.

ABSTRACT

At the threshold where ‘conflict’ ceases to be a mere explanatory category and asserts itself as a fundamental ontological force, this dissertation emerges, seeking to reintroduce Philosophy into Competition Law, conceiving it not as an economic by-product but as an expression of being-in-the-world. We examine the ‘competition process’, within a rights-based approach, from three perspectives: (i) its legal-philosophical teleology, including the value of competition as an ‘end in itself’; (ii) its positivized manifestation, through an assessment of the CJEU and the European Commission regarding the objectives of EU Competition Law (DEC), articulating monist, pluralist, holistic, and dialectical views; and (iii) the comparison between the deontological (rights-based) and utilitarian (effects-based) approaches, with attention to consumer welfare, legal certainty, structural coherence.

PALAVRAS-CHAVE: Conflict; Freedom; Power; Competition.

SIGLAS & ABREVIATURAS

CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia
Cfr.	<i>Confere</i>
<i>Cir</i>	<i>Circuit</i>
CMA	<i>Competition & Markets Authority</i>
DEC	Direito Europeu da Concorrência
<i>e.g.</i>	<i>Exempli Gratia</i>
EUA	Estados Unidos da América
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i>
NN	Negrito Nosso
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TN	Tradução Nossa
TNN	Tradução e Negrito Nossos
TUE	Tratado da União Europeia
U.S.	United States
UE	União Europeia

ÍNDICE

RESUMO	5
<i>ABSTRACT</i>	5
SIGLAS & ABREVIATURAS	7
ÍNDICE	9
CAPÍTULO I	
A CONCORRÊNCIA <i>PER SE</i>: UMA VISÃO DIALÉTICA DA “CONCORRÊNCIA”, OU UMA ANÁLISE <i>JURÍDICO-ECONÓMICA</i> DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA CONTEMPORÂNEO SUJEITO A UM CONSTANTE <i>DEVIR</i>	11
1. Uma Primeira Aproximação, ou por uma Escalpelização Temática e Metodológica	11
2. O Direito da Concorrência: Da Filosofia para o Tribunal	13
2.1. A Concorrência (e Vantagens): Uma Primeira Introdução <i>Jurídico- Económica e Filosófica</i>	13
2.2. A “Concorrência” Juridificada como <i>Wettkämpfe</i>	18
CAPÍTULO II	
O PROCESSO DE CONCORRÊNCIA: ENTRE UM DIREITO <i>SUI GENERIS</i>, O <i>CONSUMER WELFARE</i>, OS TRIBUNAIS E A COMISSÃO EUROPEIA	23
3. Os Objetivos do Direito da Concorrência: Entre os Tribunais, a Comissão e a Literatura	23
3.1. Uma Codificação Jusconcorrencial: Niklas Luhmann	23
3.2. Visão Introdutória	24
3.3. Deontologia vs. Utilitarismo nos Objetivos	26
3.3.1. Teorias Patentemente Deontológicas	26
3.3.1.1. Manifestação na Escola de Friburgo	27
3.3.1.2. Manifestação na Escola de Áustria	28
3.3.2. Teorias Patentemente Utilitaristas	28
3.3.2.1. Manifestações no Conceito de Concorrência Perfeita	29
3.3.2.2. Manifestações no Teste do “As-Efficient Competitor”	30

3.4.	A Posição do TJUE	31
3.5.	A Posição da Comissão Europeia	35
4.	Uma Deontologia Concorrencial: O <i>Status Quo</i> no DEC e a Proteção do “Processo da Concorrência”	38
CAPÍTULO III		
O CONFLITO COMO UMA JUSTIFICAÇÃO CONCORRENCIAL		
NORMATIVAMENTE VALIOSA EM TERMOS DEONTOLÓGICOS:		
CONCLUSÕES JUSFILOSÓFICAS NO SEIO DE UM DIREITO CADA VEZ MAIS		
ECONÓMICO, OU DO <i>ESQUECIMENTO-DE-SI</i>		
5.	Relembrando o Génesis	43
5.1.	Ontologia Jurídica: A Concorrência como o <i>Valor-mais-Real</i>	43
5.2.	Funcionalidade Jurídica: A Concorrência como o <i>Valor-mais-Real</i>	46
5.2.1.	A Realidade Normativa Idealmente Coerente	47
5.2.2.	Convergência Ocasional de Realidades	47
5.2.3.	Insegurança em Tempos (In)Certos	48
5.2.4.	Abertura do TJUE e da CE	48
5.2.5.	Entre o Realismo e o Ceticismo	50
5.2.6.	Um Regresso “das” Mãos da “Effects-based Approach”	51
6.	Conclusão	55
REFERÊNCIAS		
OBRAS E PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS		
DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA E ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS		
LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS OFICIAIS		

CAPÍTULO I

**A CONCORRÊNCIA *PER SE*: UMA VISÃO DIALÉTICA DA
“CONCORRÊNCIA”, OU UMA ANÁLISE JURÍDICO-ECONÓMICA DO
DIREITO DA CONCORRÊNCIA CONTEMPORÂNEO SUJEITO A UM
CONSTANTE *DEVIR***

1. Uma Primeira Aproximação, ou por uma Escalpelização Temática e Metodológica

A dissertação que aqui se apresenta, longe de pretender ser uma narrativa cabal e utópica, visa, na esteira do caminho desbravado por OLES ANDRIYCHUK¹, mitigar a posição dominante que a economia, em virtude de uma abordagem “(cada vez) mais económica” espoletada e conservada pela CE², tem vindo a adquirir no seio do Direito da Concorrência (*Wettbewerbsrecht*). Naturalmente, compreendemos a natureza prática deste ramo *jurídico-económico*, dado que, de um ponto de vista de *ontologia-funcional* do Direito da Concorrência, este se tem aplicado, especialmente a nível da prática decisória da CE, com vista a funcionar “favoravelmente” relativamente a uma *entidade-real, in casu*, o consumidor (*i.e., consumer welfare*)³.

Mas mesmo esta premissa evidencia que, apesar da natureza funcionalmente híbrida deste ramo, não se deve descurar a ontologia *axiológico-valorativa* inerente ao Direito e à Filosofia. De facto, o Direito da Concorrência não se manifesta como uma entidade isolada (um *Mitwettbewerbsrecht*, ou seja, um *Direito-da-Concorrência-com-os-outros*), mas, antes, existe como um sistema interligado que flui através de uma “rede mercantil”, impulsionado por via de combustão interna espoletada pelo combustível económico, jurídico e filosófico⁴, tal como já foi apontado por LAWRENCE SULLIVAN quando afirmou que: “[o]s estudos de direito da concorrência poderiam explorar de forma útil [...] alguns dos pensamentos das

¹ ANDRIYCHUK, 2017:vii.

² Cfr., BERGH, 2018.

³ WHISH & BAILEY, 2012: 19, HAG, 2015:16, DASKALOVA, 2015:131.

⁴ Cfr., o nosso artigo GUERRA, 2025a.

disciplinas humanísticas da história e da filosofia [...]”⁵.

Porém, não almejamos onerar-nos com o céu de ATLAS, deixando tal tarefa para a mitologia greco-romana. A dissertação que aqui se apresenta parte, *prima facie*, da Filosofia, não como um ponto de gravidade incontornável, mas como uma base para a aplicação concreta do Direito, que é, em rigor, Filosofia Aplicada⁶. Apesar do particular relevo que atribuímos à Filosofia do Direito na presente dissertação, é necessário descer ao *reino-do-concreto*, nomeadamente através da escolha de uma questão jusconcorrencial de índole tangível, pelo que o objeto da nossa discussão, com a Filosofia como linha de partida para a própria existência do Direito da Concorrência, é simplesmente analisar a seguinte questão (e três sub-questões):

Através de uma análise da ontologia do DEC, que baseia o raciocínio subsequente, qual é o *valor-conteúdo* jusfilosófico – nunca esquecendo o pragmatismo económico, a dicotomia “deontologia” vs. “utilitarismo” e a análise hermenêutica da própria concorrência – do “processo de concorrência” (em si mesmo)? E terá o TJUE/CE deixado abertura para a “objetificação-deontológica” do “processo de concorrência”? E terá isto sido feito por via monista ou pluralista? Por via dialética ou holística?

Neste espírito, e em estilo de mapeamento metodológico, avançamos, *ab initio*, uma visão *ontológica-existencialista* do Direito da Concorrência, em larga medida baseada na perspetiva e metodologia de OLES ANDRIYCHUK, para **(i)** demonstrar a importância que o “conflito”, ontologicamente interno ao Direito da Concorrência, desempenha na necessidade de proteger o “processo de concorrência”, e **(ii)** para justificar a relação íntima entre o Direito da Concorrência e a Filosofia (relação esta que se vai manifestar ao longo da dissertação). De seguida, no mesmo Capítulo, para além de discutirmos, através de 3 perspetivas (económica, filosófica e jurídica), as vantagens utilitaristas e deontológicas do “processo de concorrência” em si mesmo, iremos abordar uma concretização – mais uma vez com

⁵ SULLIVAN, 1977:1214 (TN).

⁶ O Direito da Concorrência é, também “[...] an expression of a social philosophy [...]”, BORK & WARD, 1965:364.

base na filosofia jusconcorrencial de OLES ANDRIYCHUK –, desta vez de base deontológica, do *ethos* da proteção do “processo de concorrência” (através de uma dialética interdisciplinar⁷). Portanto, o propósito do Capítulo 1, ainda que com traços de filosofia, é, simplesmente, no âmbito do esquema mais amplo da dissertação, fundamentar **(a)** a importância que o “processo de concorrência” em si mesmo tem na criação do Direito da Concorrência e **(b)** alicerçar a preocupação da literatura jusfilosófica com o “processo” como um valor *ens realissimum*.

Após um começo jusfilosófico preliminar, regressamos à disputa sobre os objetivos do Direito (Europeu) da Concorrência, mantendo a distinção entre visões deontológicas e *consequencialistas-utilitaristas*. E esta disputa fundamenta a interrogação subsequente sobre a posição do TJUE e da CE – entidades nevrálgicas na construção deste ramo “mais económico” do Direito. Contudo, a análise não pretende estabelecer hierarquias institucionais, mas, antes, desenvolver dois nós teóricos: (i) verificar se o direito positivo permite conceber o “processo de concorrência” como “fim em si” (plano do *ser*); e (ii) avaliar esta tese mesmo sem consagração positivada, contrapondo-a à visão *consequencialista-utilitarista* (plano do *dever-ser*). Tudo isto com especial atenção ao *consumer welfare*, à segurança jurídica, à coerência estrutural, à convergência prática e às posições do TJUE e da CE (daremos, ainda, algum relevo a decisões dos Tribunais dos EUA, do Supremo Tribunal Canadano e da CMA).

2. O Direito da Concorrência: Da Filosofia para o Tribunal

2.1. A Concorrência (e Vantagens): Uma Primeira Introdução *Jurídico-Económica e Filosófica*

O presente Capítulo, como já explicado no início da dissertação, serve, *prima facie*, para fundamentar o *ethos* valorativo associado à importância do “processo de concorrência”, quer como “meio”, quer como “fim”. Afinal, numa tese em que se discute a validade da pretensão da proteção do “processo de concorrência” como um valor *ens realissimum* tem que se discutir **(i)** quais são as vantagens da concorrência

⁷ Cfr., ANDRIYCHUK, 2010a.

em si e (ii) qual é o valor *ontológico-deontológico* inerente à concorrência (*rectius*, o seu conteúdo *mais-íntimo*), visto que, como lembra WAGNER-VON PAPP, “[...] a liberdade para competir, tal como outros direitos naturais e imprescritíveis, é suscetível de parecer ‘um disparate sem sentido’ [...]” porque “[...] invocar estes conceitos, sem mais, raramente permite uma resolução inequívoca [...]”⁸.

A concorrência, especialmente quando definida como um processo de rivalidade (cfr., §2.2 *UK Merger Assessment Guidelines*, CMA 129, Março 2021⁹)¹⁰, é vista, especialmente em MONTESQUIEU, como sendo algo que produz um amplo leque de benefícios (“[é] a concorrência que atribui um preço justo às mercadorias e que estabelece as verdadeiras relações entre elas”¹¹)¹², daí que o Direito da Concorrência seja uma *realidade-jurídica* globalizada¹³. De facto, como bem explica RICHARD WHISH e DAVID BAILEY: “[c]ompetition laws will be found in all parts of the world an in all types of economies: they are by no means limited to rich, developed countries [...]”¹⁴. Portanto, não eram apenas HERACLITO¹⁵, SCHOPENHAUER¹⁶, NIETZSCHE e os Atenenses¹⁷ que reconheciam a importância da “concorrência” no seio das relações humanas, no seio do carácter *Mitsein* do *Dasein*; daí que se possa dizer que a concorrência é uma característica permanente da sociedade humana¹⁸.

A concorrência, enquanto processo inerentemente conflituoso¹⁹, é, idealmente, construtivo, daí a produção de benefícios (*e.g.*, preços mais baixos, maior eficiência do que aquela obtida em condições de monopólio²⁰, melhores

⁸ PAPP, 2024:82.

⁹ “The CMA views competition as a process of rivalry between firms seeking to win customers’ business over time by offering them a better deal. Rivalry creates incentives for firms to cut price, increase output, improve quality, enhance efficiency, or introduce new and better products. This is because rivalry provides the opportunity for successful firms to take business away from competitors, and poses the threat that firms will lose business to others if they do not compete successfully”.

¹⁰ FOX, 2024:4, e FRANCIS & SPRIGMAN, 2025:1.

¹¹ MONTESQUIEU, 2024:501.

¹² AA. VV., 2024:148, e CABRAL, 2012:105 e ss.

¹³ Assim, DABBAH, 2010:7.

¹⁴ WHISH & BAILEY, 2024:1.

¹⁵ HERACLITO, 1889:96-99.

¹⁶ SCHOPENHAUER, 2023:146-147.

¹⁷ NIETZSCHE, 1996:§5.

¹⁸ ANDRIYCHUK, 2017:121.

¹⁹ WHISH & BAILEY, 2024: 5, e ELY, 1901:58.

²⁰ Porém, “[a] monopolist may offer greater variety than firms in a competitive market”, STUCKE,

produtos, novos produtos, tecnologias e métodos de produção, maior leque de escolhas²¹) que justificam a criação de uma área do Direito que, na sua realidade *mais-íntima*, almeja proteger esses benefícios (sob pena, como explicava HERACLITO, de se verificar que o “[...] vencedor de cada disputa de extremos estabelecerá um domínio permanente e o mundo como tal seria destruído”²²). Interessante é, especialmente quando articulada com a filosofia do conflito, a noção de CHRISTOPH LÜTGE de que a concorrência é “artificial”²³ e que não é sinónimo de “conflito”²⁴. Veja-se que o autor afirma, numa visão que é claramente derivada, talvez não intencionalmente, de HERACLITO²⁵, que a luta é uma realidade primordial. Porém, afirma que em contraste com uma “luta” ou “competição”, a verdadeira concorrência não é “primordial” e não se pode sustentar permanentemente²⁶, necessitando, antes, de regras (com uma clara influência ordoliberal) para que tal aconteça, ou seja, para que uma força não esmague a outra no processo de “concorrência” (“[a] concorrência, em todas as suas formas, implica antes uma situação que só é estável devido às regras”²⁷). Portanto, CHRISTOPH LÜTGE segue uma visão bastante parecida com LUDWIG VON MISES: a ideia de que a função do conflito é destruir, mas que a função da concorrência é construir²⁸.

Com a devida humildade e vénia, não podemos deixar de fazer uma precisão, naturalmente sempre sem pretender apresentar uma perspetiva estanque, que gravita em torno da falha de CHRISTOPH LÜTGE em entender que a função do conflito/concorrência não é destruir, mas também não é criar. O conflito, *per se*, não tem função, mas apenas consequências, visto que, como o autor também defende, é uma realidade primordial. E, como HERACLITO também defendia, é do conflito que tudo deriva²⁹. Não sabemos se a afirmação de HERACLITO é verdadeira

2012:31.

²¹ WHISH & BAILEY, 2024:6.

²² Cfr., KIRK & RAVEN, 1971:196 (TN).

²³ No mesmo sentido, MARTINS, BICO & BANGY, 1986:17.

²⁴ LÜTGE, 2019:6-7.

²⁵ Sobre este ponto, cfr., KIRK & RAVEN, 1971:192, e GRAYLING, 2022:55.

²⁶ LÜTGE, 2019:6-7 (TN).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Também, MARTINS, BICO & BANGY, 1986:19.

²⁹ HERACLITO, 1889:96-99.

quanto a todas as matérias, mas há que notar que, em termos *lógico-ontológicos*, se CHRISTOPH LÜTGE admite que a concorrência é uma realidade artificial (algo que parece implicar uma certa adesão à Escola Ordoliberal, nomeadamente através da intervenção corretiva no mercado para preservar a boa-concorrência, entendida como frágil e fraca³⁰) que surge em resposta ao conflito, então a concorrência deriva do conflito. Ora, se deriva do conflito e, para o autor, é uma tentativa de mitigar a destruição do conflito, então, numa formulação heraclitiana, *concorrência-conflito*. Daí que NIETZSCHE e os gregos tenham razão em distinguir formas de conflito que derivam de uma só realidade primordial (*dualismo de substâncias*), e não uma realidade primordial com formas paralelas (*dualismo de propriedades*)³¹; ideia que se encontra, também, no conceito idealista de *Ugrund* e no pensamento de LASSE HALME³²).

Como tal, a nosso ver, “concorrência” é conflito (*concorrência-conflito*), e não algo paralelo a este. E a *concorrência-conflito*, em si, pressupõe o bom e o mau conflito, visto que este é exacerbado, em si, pela liberdade (a “[...] liberdade constitui [...] uma condição para o próprio funcionamento da economia em concorrência”³³). Deste modo, e lembrando que o *conflito-constructivo* e o *conflito-criativo* são inseparáveis³⁴, a criação artificial de uma concorrência (*i.e.*, uma “concorrência perfeita”), entendida como “bom-conflito”, é um paradoxo, visto que “[...] qualquer tentativa de cultivar a liberdade produtiva ou a concorrência benéfica deve incluir, pelo menos, alguns elementos prejudiciais e indesejáveis”^{35/36}. Tanto a *boa-Eris* como a *má-Eris* são elementos necessários para a materialização do *Acima-mercado* (*Übermarket*).

Quando muito, aceitamos, com algum prejuízo técnico, que a *concorrência-*

³⁰ HAG, 2015:33.

³¹ Cfr., NIETZSCHE, 1996.

³² HALME, 2003:79.

³³ MARQUES, 2019:66.

³⁴ HALME, 2003:79.

³⁵ ANDRIYCHUK, 2017:127.

³⁶ Contra, MARTINS, BICO & BANGY, 1986:19.

idílica (aquilo a que FRANCIS e SPRIGMAN chamam de “*desirable competition*”³⁷)³⁸ é um *conflito-criativo* (*Wettkämpfe*), uma *boa-Eris* (ainda que a *concorrência-existencial*, em bom rigor, seja um valor neutro³⁹, porque resulta de um conjunto de forças destrutivas e criativas⁴⁰), e não um *conflito-destrutivo* (*Vernichtungskampf*), que tem por objetivo acabar violentamente com o próprio conflito, com a própria concorrência; aspeto este que também se encontra presente na divisão de Escola de Friburgo entre *Leistungswettbewerb* (*i.e.*, concorrência para fornecer os melhores bens/serviços possíveis) e *Behinderungswettbewerb* (*i.e.*, concorrência através da supressão/prevenção da concorrência por parte dos outros produtores, em vez de melhorarem o seu bem/serviço)⁴¹.

Porém, CHRISTOPH LÜTGE, na sua teleologia, tem razão quando afirma que o *conflito-criativo* – o *Wettkämpfe*, a *concorrência-criativa* – pode colapsar sob a força do *conflito-destrutivo* (embora este conflito de conflitos seja, em bom rigor, a derradeira forma de conflito, o *Konflikt-Konflikt*)⁴². Afinal, mesmo NIETZSCHE reconhecia esta possibilidade, tal como os gregos⁴³. Aliás, MAQUIAVEL, na obra “*O Príncipe*”, aborda essencialmente esta observação empírica da relação humana quando afirma que um príncipe de um território recém-adquirido deve aniquilar a antiga família governante para garantir que não surge conflito⁴⁴. O *conflito-destrutivo* é, em si, parte da experiência humana (basta olharmos para a 2.ª Guerra Mundial, ou, num ponto de vista mais económico, para os abusos de posição dominante ou práticas colusivas), como bem observava CARL JUNG, NIETZSCHE, KANT e ROUSSEAU⁴⁵. Ainda que, como afirmava HERACLITO, seja impossível (*i.e.*, pode demorar 10, 50, 100 ou 1000 anos), mesmo por via do *conflito-destrutivo*, remover a tensão entre opostos (*e.g.*, como nota LIEFMANN, eventualmente, “[...] a

³⁷ FRANCIS & SPRIGMAN, 2025:3.

³⁸ MARTINS, BICO & BANGY, 1986:17.

³⁹ Tal como afirmava HERACLITO, *cfr.*, PEARSON, 2018:16.

⁴⁰ ANDRIYCHUK, 2017:126.

⁴¹ *Cfr.*, VANBERG, 2004:13, e KERBER, 2007:15.

⁴² BUDZINSKI, 2007:11, e MOESCHEL, 1989:34.

⁴³ NIETZSCHE, 1996:§5.

⁴⁴ MACHIAVELLI, 2024:23.

⁴⁵ Em geral, GRAYLING, 2022, e DURANT, 2024.

concorrência leva ao monopólio; o monopólio leva à concorrência”⁴⁶), a verdade é que, de uma perspectiva pragmática, os *players* no mercado não podem esperar 100, 500 ou 700 anos, pelo que o conforto da lógica subjacente ao *conflito-conflito* (*Konflikt-Konflikt*) heraclitiano apenas se aplica no esquema mais macro do cosmos, e não tanto aos problemas quotidianos de um *Ser-no-Mundo* (*In-der-Welt-Sein*), ou, em bom rigor, da *Empresa-no-Mundo* (*In-der-Welt-Unternehmen*).

2.2. A “Concorrência” Juridificada como *Wettkämpfe*

Como tal, a concorrência surge com vantagens associadas por força da propriedade *Wettkämpfe*, mas o Direito da Concorrência surge, numa visão mais ordoliberal, para garantir que a possibilidade de renovação se mantém em termos úteis, para garantir que o *conflito-criativo* não se torna absolutamente em *Vernichtungskampf* (e.g., através de concorrência sem ser com base no mérito⁴⁷)⁴⁸, tal como já foi sublinhado por OLIVER BUDZINSKI ao afirmar que o regulador deve tentar proteger “[...] a concorrência das suas forças autodestrutivas”⁴⁹, e por OLES ANDRIYCHUK ao defender que “[o]s aspetos autodestrutivos da concorrência foram a razão por trás da introdução do Direito da Concorrência, que protege a concorrência ao limitar alguns dos seus elementos”⁵⁰. De facto, tal como explicou JOSEPH FARRELL, “[...] o antitrust protege a ‘concorrência’ – não apenas a boa concorrência”⁵¹. Daí que a CE (e.g., *Orientação sobre Abusos de Exclusão*, §5) e o TJUE (e.g., *Acórdão France Télécom*, C-202/07 P) considerem que uma conduta “anticorrencial” não é, *ipso facto*, conforme às regras da “concorrência” quando pretende, por exemplo, excluir

⁴⁶ LIEFMANN, 1915:323. | De facto, e seguindo uma lógica pós-Chicago, a existência de empresas com poder de mercado deve ser encarada como um mal necessário, porque serão um incentivo à inovação, cfr., PAIS, 2011:146.

⁴⁷ FOX, 2024:8.

⁴⁸ “Any society that relies on markets rather than political control to coordinate economic activity faces a basic problem: The freedom of actors to compete tends to make markets more efficient and increase material benefits to society, but the same freedom can also be used to restrain competition and undermine these benefits”, GERBER, 2020:14.

⁴⁹ BUDZINSKI, 2007:11.

⁵⁰ ANDRIYCHUK, 2017:122.

⁵¹ FARRELL, 2006:171.

concorrentes, sem ser com base no mérito^{52/53}, do mercado; mas não proibam, em si, por exemplo, a posição dominante (cfr., Acórdão *Michelin*, T-203/01), que os gregos consideravam como uma manifestação de *conflito-destrutivo*⁵⁴.

Aliás, esta noção de *conflito-destrutivo* e *conflito-criativo*, derivado da *realidade-conflito*, desempenha um importante papel na civilização humana, devido à sua inerente *liberdade-intenção-no-mundo*⁵⁵, pelo que, como também lembra OLES ANDRIYCHUK no campo do Direito da Concorrência⁵⁶, a liberdade dá origem ao conflito, mas a remoção da liberdade (e.g., a destruição de um dos opostos, quer seja o *conflito-destrutivo*, quer seja o *conflito-construtivo*⁵⁷) mata o conflito, que, por sua vez, mata a *liberdade-reinterpretação*, a *liberdade-projeção*, a *liberdade-renovação*. Daí que, como alguns autores apontam, no âmago da Justiça, há, então, uma espécie de *relação-política* (φιλία πολιτική), entendida como uma ligação que preserva a liberdade (ainda que algo limitada⁵⁸) do outro à distância, assim como permitindo, continuamente, o desafio “lançado” ao *Outro* para expandir essa liberdade através da luta⁵⁹. Tudo isto é algo que foi, expressamente, reconhecido, no campo do Direito da Concorrência, no caso do Supremo Tribunal Canadano *Weidman c. Shragge* (1912, 46 SCR 1):

Por outro lado, cada passo dado no passado para ampliar os limites da liberdade humana [...] estimulou descobertas e invenções e [...] aumentou a concorrência, o que pode ter deixado [...] ruínas financeiras como consequência. Isso fez com que as pessoas clamassem em alta voz contra o desperdício de energia humana e a perda de conforto humano resultante da concorrência. O clamor é muitas vezes irrefletido. As pessoas que o levantam raramente levam em conta o desperdício absolutamente necessário que existe e sempre existirá como consequência do crescimento [...]. Destruir a concorrência é remover a força

⁵² FOX, 2024:8.

⁵³ Também, PAPP, 2024:87-89.

⁵⁴ NIETZSCHE, 1996:§3.

⁵⁵ AHO, 2020:104.

⁵⁶ ANDRIYCHUK, 2017:164.

⁵⁷ *Ibid*, 163.

⁵⁸ LASKI, 1930:15.

⁵⁹ LEMM, 2013:448.

*pela qual a humanidade chegou tão longe*⁶⁰.

É exatamente por isso que HOBBS avisa que “[a] concorrência por riquezas, honra, controlo ou outro tipo de poder leva à contenda [...] e à guerra, porque [...] a realização do seu desejo é matar, subjugar, suplantar ou repelir o outro”⁶¹. De facto, a “concorrência” pode assumir contornos bastantes intensos, tal como se observa na descrição da concorrência como uma “*cutthroat fight*” no caso *RJ Reynolds Tobacco Co v Cigarettes Cheaper* (462 F 3d 690, 7th Cir 2006). É, efetivamente, de esperar que, no processo concorrencial, alguns concorrentes sejam eliminados (*ipsis verbis*, *Post Danmark*, C-209/10)^{62/63}, mas se tal acontecer em virtude de uma atividade levada a cabo dentro das “regras do jogo”, estamos ainda assim, em bom rigor, perante uma *Wettkämpfe* (“[...] o bom sucesso é poder, porque traz reputação de sabedoria ou boa fortuna”⁶⁴), dado que, tal como se afirmou: (a) no caso *US vs. Aluminum Co of America* (148 F 2d 416, 2nd Cir 1945), “[um] único produtor pode ser o sobrevivente de um grupo de empresas ativas, simplesmente em virtude da sua competência, visão e diligência superiores”; e (b) no Acórdão *Post-Danmark I*, C-209/10, “[...] a concorrência pelos méritos pode conduzir ao desaparecimento do mercado ou à marginalização dos concorrentes menos eficazes e, portanto, menos interessantes para os consumidores do ponto de vista [...]” (também, *Unilever Italia Mkt*, C-680/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, C-377/20, *Intel c. Comissão*, C-413/14 P). Portanto, “[s]e a ‘concorrência’ é o que queremos apoiar e proteger, temos de nos sentir confortáveis com essa realidade”⁶⁵.

Assim, o Direito da Concorrência deve proteger a *liberdade-conflito* (*preventive antitrust policy*), mas também proteger *da liberdade-conflito* (*proactive antitrust policy*) como parte da concorrência em si⁶⁶, especialmente da *liberdade-destrutiva*, ou seja, proteger a concorrência do lado que remove o seus

⁶⁰ TN.

⁶¹ HOBBS, 1651:61 (TN).

⁶² WHISH & BAILEY, 2024:15.

⁶³ FRANCIS & SPRIGMAN, 2025:3.

⁶⁴ HOBBS, 1651:54 (TN).

⁶⁵ FRANCIS & SPRIGMAN, 2025:3.

⁶⁶ ANDRIYCHUK, 2017:127.

prerequisitos⁶⁷, assim como aponta WERNHARD MOESCHEL (“[...] a dinâmica da liberdade leva à tragédia da sua autodestruição”⁶⁸)⁶⁹. Como tal, a concorrência, na sua mais básica essência aristotélica, é um processo dialético, como destaca OLES ANDRIYCHUK (“[...] a dialética pode ser entendida como a personificação filosófica da concorrência”⁷⁰), razão pela qual alguns autores, como SCHOPENHAUER⁷¹, observem este interminável ciclo de *liberdade-destrutiva* contra *liberdade-criativa* com pessimismo existencial⁷². A concorrência é, como reconhecia a Escola de Áustria, um processo de rivalidade composta por *tentativa-erro*, e não um qualquer modelo estático (como também reconhece a CE⁷³)⁷⁴. A concorrência não é inerentemente boa, nem inerentemente má, a concorrência simplesmente é. E é neste “ser” que a *Ordnungspolitik* irá orientar a *concorrência-criativa*.

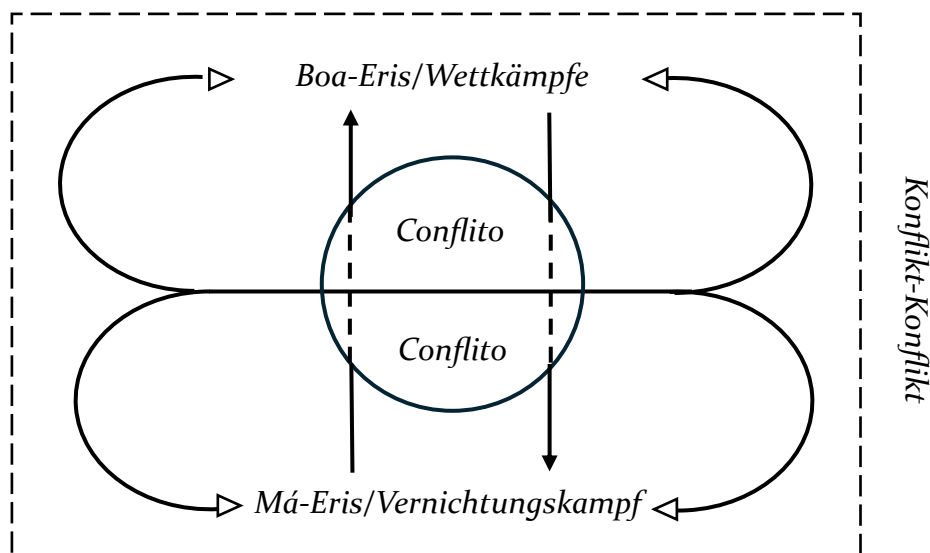


Figura 1. Diagrama do Conflito-bom vs. Conflito-mau

Assim, situamos os nossos termos dentro de um único *genus*: *conflito-conflito*, referido através de $C_{(x)}$, onde x representa uma *situação-empresa*. Dentro

⁶⁷ “A liberdade não é irrestrita, tendo como limite a sua própria defesa”, MARQUES, 2019:67.

⁶⁸ Cfr., BERDYAEV, 1928 (TN).

⁶⁹ MOESCHEL, 1989:34.

⁷⁰ ANDRIYCHUK, 2017:164-165 (TN).

⁷¹ Cfr., DURANT, 2024:323.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Orientação sobre Abusos de Exclusão*, §16.

⁷⁴ HORWITZ, 2020:99.

deste *genus*, identificamos dois subtipos: *conflito-destrutivo* ($D_{(x)}$) e *conflito-criativo* ($K_{(x)}$). $D_{(x)}$ e $K_{(x)}$ são ambos parte de $C_{(x)}$, não podendo um existir sem o outro, pelo que $\forall x: C_{(x)} \Rightarrow [D_{(x)} \wedge K_{(x)}], \neg D_{(x)} \Rightarrow \neg K_{(x)}, \neg K_{(x)} \Rightarrow \neg D_{(x)}$. Filosoficamente, podemos analisar qualquer “conflito” como compreendendo dois momentos inseparáveis – destruição e criação –, razão pela qual podemos descrever esta situação como $C_{(x)} \equiv D_{(x)} \vee K_{(x)}$. Mas, uma vez que todos os conflitos genuínos tanto se “quebram” como se “constroem”, temos de facto: $C_{(x)} \Rightarrow D_{(x)} \wedge K_{(x)}$. Numa leitura de inspiração hegeliana, a *negatividade* (\neg) é o motor do desenvolvimento. Pensar que a concorrência é simplesmente destrutiva (ou criativa) é ignorar o seu *impulso-gerador*; vê-lo apenas como criativo é ignorar a *necessária-eliminação* do ancião (“ P ”). Só em conjunto constituem um verdadeiro conflito, uma verdadeira concorrência. Assim, vemos que P esconde uma dependência *bicondicional*, visto que $\forall x: \neg D_{(x)} \Rightarrow \neg K_{(x)}$ e $\forall x: \neg K_{(x)} \Rightarrow \neg D_{(x)}$, pelo que $\forall x: \neg D_{(x)} \Leftrightarrow \neg K_{(x)}$. Retirar um dos *polos-propriedade* faz colapsar o todo $\neg D_{(x)} \vee \neg K_{(x)} \Rightarrow C_{(x)}$. Deste modo, $C_{(x)} \Leftrightarrow [D_{(x)} \wedge K_{(x)}] \equiv D_{(x)} \Leftrightarrow K_{(x)}$.

Portanto, *in universum*, como sustenta MAURICE STUCKE, não há propriamente discórdia na afirmação de que o “Direito da Concorrência existe para promover a concorrência”⁷⁵. O debate, com o qual a próxima secção faz uma tangente, reside nas diversas formas dessa promoção: concorrência vista como meio para integrar o mercado único, para aumentar eficiência, para ampliar o *consumer welfare*, para fomentar sustentabilidade ou proteger a democracia, entre outras. Aliás, como nota DANIEL ZIMMER, a proteção da concorrência constitui a essência do Direito da Concorrência⁷⁶; resta decidir se tal proteção é um objetivo inicial, intermédio ou final (“[...] the whole history of antitrust policy can be read as the judicial quest for a working definition of competition”⁷⁷)⁷⁸.

⁷⁵ STUCKE, 2012:28, e IACOBUCCI, 2012:44.

⁷⁶ Cfr., também, PRATES & BAYÃO HORTA, 2025:247.

⁷⁷ DEWEY, 1964:414.

⁷⁸ ZIMMER, 2012:500.

CAPÍTULO II

O PROCESSO DE CONCORRÊNCIA: ENTRE UM DIREITO *SUI GENERIS*, O *CONSUMER WELFARE*, OS TRIBUNAIS E A COMISSÃO EUROPEIA

3. Os Objetivos do Direito da Concorrência: Entre os Tribunais, a Comissão e a Literatura

3.1. Uma Codificação Jusconcorrencial: Niklas Luhmann

Nunca nos podemos esquecer que o Direito da Concorrência surge em prol da “concorrência”⁷⁹, sendo a defesa da concorrência um pilar “constitucional” essencial da União Europeia (artigos 2.º, TUE, e 119, n.º 1, TFUE⁸⁰)⁸¹, pelo que o seu padrão de normatividade assenta num binómio estrutural: comportamento *não-anticoncorrencial* ou *anticoncorrencial*^{82/83}.

Como NIKLAS LUHMANN explicou através da sua *systemtheorie* – e recordando que o Direito da Concorrência, apesar da sua “abordagem mais económica”, é, na sua essência, Direito⁸⁴ – a sociedade é composta por vários (sub) sistemas autopoieticos e separados⁸⁵, como os sistemas jurídico, científico, ou económico. Estes subsistemas, entendidos como conjuntos de ações orientadas para a produção de efeitos (*Wirkung*)⁸⁶, funcionam como estruturas que reduzem a complexidade do ambiente social, sendo assim capazes de orientar as ações⁸⁷. Ora, o sistema jurídico, tal como os restantes, opera segundo um código específico. Se, em termos mais amplos, o sistema jurídico opera com base no código binomial legal/ilegal (que, no Direito da Concorrência, se traduz no binómio *anticoncorrencial/não-anticoncorrencial*), então, a aplicação prática do direito depende da programação

⁷⁹ WHISH & BAILEY, 2012:1-3.

⁸⁰ Assim, ANDRIYCHUK, 2010:585-586.

⁸¹ PAIS, 2011:63.

⁸² JONES & SUFRIN, 2012:2.

⁸³ STUCKE, 2013:2582-2583.

⁸⁴ LUHMANN, 2009:226.

⁸⁵ Cfr., COSTA, 2018:14.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ MATTHEIS, 2012:628.

correspondente para a sua aplicação (jurisprudência, regulamentos, diretivas, tratados, decretos-lei, leis, etc.).

A grande questão consiste em determinar qual é a “programação” (*rectius*, o *standard*) que permite qualificar um comportamento como *não-anticoncorrencial* ou *anticoncorrencial*. É aqui que se situa um dos núcleos desta dissertação: compreender os objetivos do Direito da Concorrência à luz do *valor-conteúdo* do “processo de concorrência” como um “fim em si mesmo”, numa perspectiva pluralista (ou monista) e dialética (ou holística).

3.2. Visão Introdutória

A nível de objetivos, e não perdendo a importância do “processo de concorrência” como a nossa estrela-polar académica, cumpre sublinhar, desde logo, que, no plano europeu⁸⁸, há alguma divergência, especialmente a nível doutrinal e prática decisória (*e.g.*, CE), quanto a qual é “o” (se é que tal questão, em si, não peca por defeito) objetivo do Direito da Concorrência; o que se entende, visto que os próprios “[...] objectivos pretendidos variam ao longo do tempo e consoante o próprio enquadramento político-social-económico dominante”⁸⁹. Afinal, também o Direito da Concorrência, tal como o *Direito-concreto*, está sujeito a um constante processo de *devir* por força da mutação induzida pelo *Ser-aí* (*Dasein*) como um *Ser-no-Mundo* (*In-der-Welt-Sein*) que se dirige em direção à Morte (*Sein-zum-Tode*, *rectius*, *Unternehmen-zum-Tode*). O Direito da Concorrência, tal como o seu criador, não pode ser uma realidade estática (especialmente em plena Revolução Digital e Ambiental)⁹⁰. Outrossim, para além dos objetivos, como bem explica MASSIMO MOTTA, há fatores que influenciam o Direito da Concorrência que, na visão deste autor, não devem ser confundidos com verdadeiros objetivos⁹¹. Portanto, nem sempre devemos confundir um elemento importante na construção do Direito da

⁸⁸ “É certo que os objectivos da política da concorrência da União têm de estar fixados no Tratado”, mas isto não elimina problemas de interpretação, de filosofia base, de aplicação e de política, PAIS, 2011:63.

⁸⁹ *Idem*, 62.

⁹⁰ PODSZUN, 2015:101-102.

⁹¹ Cfr., MOTTA, 2004:26 e ss.

Concorrência, à luz das obrigações ordinárias e constitucionais que limitam a atuação do Estado e das Organizações Supranacionais, com um efetivo objetivo.

Isto posto, e a nível dos objetivos, ao longo dos anos, têm sido debatidos vários objetivos para esta área jurídico-económica⁹², uns como o *Ultimatischesziel*, outros como um fragmento de um conjunto de objetivos: bem-estar⁹³; corrupção⁹⁴; defesa da estrutura concorrencial⁹⁵; defesa das pequenas e médias empresas⁹⁶; democracia⁹⁷; direitos dos trabalhadores⁹⁸; a proteção do processo da concorrência⁹⁹; dispersão de poder¹⁰⁰; redistribuição de riqueza¹⁰¹; eficiência (defendendo apenas este fim, e.g., ODUDU¹⁰²)¹⁰³; felicidade¹⁰⁴; inovação¹⁰⁵; proteção dos concorrentes¹⁰⁶; integração europeia¹⁰⁷; justiça social¹⁰⁸; liberdade económica¹⁰⁹; liberdade política¹¹⁰; privacidade¹¹¹; sustentabilidade e ambiente¹¹²; (*consumer* ou *total*) *welfare*¹¹³; etc. Mas, antes de observarmos as posições do TJUE e da CE, dediquemos algum tempo a analisar a dicotomia “direito da concorrência deontológico” e “direito da concorrência *consequencialista-utilitarista*”¹¹⁴, que assume particular importância quando abordamos o tema da “concorrência em si”.

⁹² Cfr., LIANOS, 2013.

⁹³ JONES & SUFRIN, 2012:26, GERBER, 2020:22, e PAIS, 2011:72 e ss.

⁹⁴ GERBER, 2020:27.

⁹⁵ JONES & SUFRIN, 2012:27, GERBER, 2020:21, e EZRACHI, 2018:7 e ss.

⁹⁶ Cfr., MOTTA, 2004:22.

⁹⁷ OECD, 2024, EZRACHI & ROBERTSON, 2014:1-13, DEUTSCHER, 2024, e EZRACHI, 2018:15.

⁹⁸ IACOVIDES & STYLIANOU, 2025:1-30.

⁹⁹ Cfr., ANDRIYCHUK, 2012, ANDRIYCHUK, 2017, e ANDRIYCHUK, 2010.

¹⁰⁰ Cfr., GERBER, 2020:26, e WHISH & BAILEY, 2012:21.

¹⁰¹ WHISH & BAILEY, 2012:21.

¹⁰² ODUDU, 2010:599-613.

¹⁰³ JONES & SUFRIN, 2012:26, e GERBER, 2020:21.

¹⁰⁴ STUCKE, 2013:2575-2645,

¹⁰⁵ PORTUESE, 2024:445 e ss., e EZRACHI, 2018:9 e ss.

¹⁰⁶ WHISH & BAILEY, 2012:21, JONES & SUFRIN, 2012:27, e PAIS, 2011:64 e ss.

¹⁰⁷ WHISH & BAILEY, 2012:23, JONES & SUFRIN, 2012:29, e NEGRINOTTI, 2012.

¹⁰⁸ HILEBRAND, 2017, EZRACHI, 2018:12 e ss., e MOTTA, 2004:24

¹⁰⁹ JONES & SUFRIN, 2012:27, GERBER, 2020:32, EZRACHI, 2018:15, e MOTTA, 2004:24.

¹¹⁰ MAIER-RIGAUD, 2012.

¹¹¹ IACOVIDES & STYLIANOU, 2025:1-30.

¹¹² HAMMARSKILD, 2024, e IACOVIDES & STYLIANOU, 2025:1-30.

¹¹³ Cfr., *Aut. cit in* STYLIANOU & IACOVIDES, 2022:625-626.

¹¹⁴ “Competition may be conceived as either an end (outcome) or a means (process) to achieve an end. In the context of EU competition law, the process-based approach is generally labelled as ordoliberalism, and focuses on rivalry and competitive market structure”, NAGY, 2024:6.

3.3. Deontologia vs. Utilitarismo nos Objetivos

Em qualquer discussão sobre os objetivos do Direito da Concorrência é necessário, *prima facie*, determinar qual a lente que domina a concepção jusconcorrencial europeia. Seguindo autores como OLES ANDRIYCHUK, SARA HAG e CSONGOR NAGY, a delimitação das abordagens adotadas pela CE (tendencialmente mais utilitarista) e pelo TJUE (tendencialmente mais deontológica, ainda que com um considerável grau de utilitarismo) pode ser estabelecida, essencialmente, através do recurso às teses deontológicas (utilizadas, maioritariamente, para defender, por exemplo, os objetivos de proteção de uma “estrutura de mercado plural”, de uma “livre concorrência”, do “processo da concorrência”¹¹⁵) e *consequencialistas-utilitaristas* (utilizadas, maioritariamente, para defender os objetivos de proteção da eficiência ou do *consumer/total welfare*)¹¹⁶. Claro que o panorama não se desenrola numa visão puramente binária entre perspetivas “deontológicas” (*rights-based approach*) e “utilitaristas” (*effects-based approach*), mas antes num espectro que flutua entre estas duas. Contudo, se quisermos pintar os “extremos”¹¹⁷, então: de um lado, **encontramos** a noção radical de que todo o Direito da Concorrência gravita, única e exclusivamente, em torno do pilar “consumer (ou total) welfare” (portanto, um ponto de vista puramente utilitarista)¹¹⁸; do outro, que surge com a visão ordoliberal, descobrimos a concepção de que todo o Direito da Concorrência deve ignorar os “efeitos”, antes focando-se, **apenas**, no valor do “processo de concorrência” em si mesmo¹¹⁹.

3.3.1. Teorias Patentemente Deontológicas

Por um lado, a visão “deontológica” do Direito da Concorrência afirma, essencialmente, que a preocupação deste ramo deve ser a proteção da concorrência como um “fim em si mesmo” (ou seja, não se protege a concorrência com vista a proteger outros objetivos, *i.e.*, *consumer welfare*). Portanto, o resultado de uma

¹¹⁵ *Idem*, 9.

¹¹⁶ ANDRIYCHUK, 2010:578, HAG, 2015:29, NAGY, 2024:6, e MAKRIS, 2014:31.

¹¹⁷ Cfr., PAPP, 2024:79.

¹¹⁸ BORK, 1978:81-89.

¹¹⁹ Cfr., neste extremo, MESTMÄCKER & SCHWEITZER, 2014:67-68, *apud* FOX, 2024:79.

determinada conduta é, em larga medida, irrelevante, visto que a métrica luhmaniana baseia-se na maximização da liberdade individual (atingida, também, por via de uma democracia liberal)¹²⁰. Para além das teses *filosófico-deontológicas* na área da “concorrência” – na qual assume o pico proverbial a visão de HERACLITO (que não será aqui abordada diretamente) –, a nível das teses *económico-deontológicas* cumpre apontar, desde logo, para a Escola Ordoliberal de Friburgo e para a Escola Austríaca, que defendiam, na sua natureza, a defesa da estrutura concorrencial do mercado como um fim em si mesmo (ainda que divergissem a nível do entendimento a respeito da autoridade e dos meios utilizados para estabelecer, promover e manter a concorrência)¹²¹.

3.3.1.1. Manifestação na Escola de Friburgo

A Escola de Friburgo, que influenciou todo o DEC, e surgiu na década de 1930 na Universidade de Friburgo – através de WALTER EUCKEN e dos juristas FRANZ BÖHM e HANS GROßMANN-DOERTH¹²² – defendia que a ordem do mercado é uma ordem ética em si mesma¹²³. Opondo-se ao liberalismo clássico, concebia os mercados como estruturas institucionais que, sem restrições, gravitam para a concentração e poder monopolista, ameaçando a eficiência económica, liberdade e democracia¹²⁴. Um quadro jurídico ativo – uma “constituição do mercado”¹²⁵ – seria, então, fundamental para preservar a concorrência, protegendo pequenas e médias empresas¹²⁶. Os ordoliberais viam, deste modo, os princípios da concorrência como parte integrante do tecido constitucional. Assim, a concorrência não é meramente um meio de reduzir preços, mas um pilar normativo da sociedade liberal, essencial à livre participação, poder plural e resiliência institucional, sendo o poder de mercado, por vezes, uma ameaça à democracia (cfr., com uma menção à importância da democracia no Direito da Concorrência, Acórdão *Google Android*,

¹²⁰ ANDRIYCHUK, 2010:578-581.

¹²¹ HAG, 2015:32.

¹²² VIKOT, 2004:1.

¹²³ *Idem*, 3.

¹²⁴ ANDRIYCHUK, 2010:581.

¹²⁵ Cfr., JONES & SUFRIN, 2016:26.

¹²⁶ JONES & SUFRIN, 2008:35.

T-604/18, §1028), e não apenas ao bem-estar.

3.3.1.2. Manifestação na Escola de Áustria

A Escola Austríaca, fundada no final do século XIX através dos contributos de CARL Menger, LUDWIG VON Mises, EUGEN VON BÖHM-BAWERK, FRIEDRICH VON WIESER e FRIEDRICH HAYEK¹²⁷, atribui especial destaque aos processos de mercado, à “descoberta empresarial”¹²⁸ e ao individualismo metodológico. A concorrência é vista como um “processo dinâmico de descoberta”¹²⁹, onde empresários procuram oportunidades, inovam e interagem com os consumidores (razão pela qual a Escola de Áustria defende que os monopólios são o resultado de grandes decisões económicas¹³⁰).

Assim, esta escola rejeita noções estáticas de concorrência perfeita, definindo-a como um **processo baseado na liberdade de entrada**: os mercados são competitivos desde que não existam barreiras artificiais. Considera, ainda, a intervenção no mercado maioritariamente desnecessária e potencialmente prejudicial¹³¹, defendendo que processos de mercado livres impedem naturalmente o domínio anticoncorrencial, alertando para riscos de intervenções *antitrust* “bem-intencionadas”.

3.3.2. Teorias Patentemente Utilitaristas

A visão utilitarista do Direito da Concorrência – que, como iremos ver, tem dominado, em larga medida devido aos esforços do ex-Comissário KAREL VAN MIERT¹³², a conceção hodierna do DEC¹³³ – pode ser resumir-se, ainda que com prejuízo de algum rigor jurídico técnico, à máxima “os meios justificam os fins”. Nesta perspetiva, a concorrência como um valor em si mesmo não é tão importante,

¹²⁷ TAYLOR, 1980:7.

¹²⁸ HAYEK, 2002:9 e ss.

¹²⁹ Cfr., JONES & SUFRIN, 2016:24.

¹³⁰ HAG, 2015:33, e ANDRIYCHUK, 2017:109.

¹³¹ Cfr., por todos, HAYEK, 2013.

¹³² “European Competition Policy”, *Discurso do Comissário Karel Van Miert de 6 de maio de 1998*, Bruxelas, disponível em http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1998_053_en.html.

¹³³ Cfr., ANDRIYCHUK, 2012:106.

desde que o *welfare* (total ou do consumidor) esteja a ser maximizado.

3.3.2.1. Manifestações no Conceito de Concorrência Perfeita

O modelo de “concorrência perfeita” – que, para além de encontrar as suas raízes matemáticas mais rigorosas no livro “*Mathematical Psychics*” de EDGEWORTH¹³⁴, é discutido, mais casualmente, por ADAM SMITH¹³⁵ e influenciou a conjuntura política e jurídica em torno do *Sherman Act 1890*, do *Clayton Act 1914* e do *Federal Trade Commission Act 1914*¹³⁶ – remove, consideravelmente (se não absolutamente) o conceito de “rivalidade” inerente a conceção jusfilosófica de “concorrência”, porque a “real” oposição entre agentes económicos desaparece nestes mercados¹³⁷.

In universum, este modelo utópico pressupõe um elevado número de ofertantes e compradores, produtos homogêneos, ausência de assimetria de informação, fácil transferência de recursos entre atividades, inexistência de barreiras à entrada e à saída¹³⁸. Essencialmente, o “mercado perfeito” concentra a oferta e a procura de modo que nenhum agente seja capaz de determinar o preço de mercado¹³⁹.

Inerentemente utilitarista, o modelo exige que as empresas operem de forma eficiente para assegurarem a sua sustentabilidade. Portanto, *ipso facto*, as empresas ineficientes serão inevitavelmente eliminadas por concorrentes “mais eficientes” (porque, em circunstâncias ideais de concorrência perfeita, o preço de um bem é teoricamente equivalente ao seu custo marginal). Como tal, frequentemente, as empresas veem-se obrigadas a competir em outros domínios, como a qualidade do produto ou o serviço ao cliente, o que resulta numa alocação de recursos que beneficia, em termos de eficiência, os compradores e os vendedores. Por conseguinte, esta alocação eficiente, de acordo com os utilitaristas, cria uma estrutura de mercado ideal e “competitivo”¹⁴⁰. Nestas

¹³⁴ Vide, com uma breve introdução histórica, MADDALA & MILLER, 1989: 283.

¹³⁵ Cfr., SMITH, 1999.

¹³⁶ PAIS, 2011:86.

¹³⁷ *Ipsis verbis*, CONFRARIA, 2020:39.

¹³⁸ WHISH, 2009:7, e MADDALA & MILLER, 1989:283.

¹³⁹ CONFRARIA, 2020:37.

¹⁴⁰ BURTON, 1994:5, e HAG, 2015:31.

circunstâncias, a existência de “rivalidade” entre as empresas resulta, abstratamente, em melhorias no *social welfare*, visto que promove a redução dos preços, o aumento da qualidade e a diversificação da oferta de bens¹⁴¹.

3.3.2.2. Manifestações no Teste do “As-Efficient Competitor”¹⁴²

A opinião predominante é que a proteção dos concorrentes “menos eficientes” pode, em última instância, beneficiar as empresas individualmente consideradas (protegendo-as) em vez de assegurar uma concorrência eficaz. Deste modo, e com o intuito de contornar este resultado, o TJUE estabeleceu – nomeadamente através dos Acórdãos *Post Danmark* (C-209/10), *Telefónica* (T-336/07), *AKZO* (C-62/86), *France Télécom* (C-202/07 P) e *TeliaSonera* (C-52/09) – o teste do “as-efficient competitor” (“AECT”), cujo princípio subjacente é que a empresa mais eficiente (através de uma concorrência pelo mérito, como se observa no §137 do supramencionado Acórdão *Post Danmark*), deve prevalecer no ambiente competitivo. O AECT é, portanto, utilizado para avaliar se as práticas de uma empresa dominante excluem um concorrente igualmente eficiente¹⁴³. A prática em questão é considerada abusiva apenas em circunstâncias nas quais tais estratégias apresentam o potencial de excluir concorrentes do mercado, *e.g.*, venda conjunta ou agrupada, descontos condicionais, acordos de exclusividade, entre outros.

Assim, a aplicação do AECT permitiu ao Tribunal afastar-se de uma metodologia estritamente baseada na “forma” e passou a esclarecer que determinadas práticas – tais como descontos condicionais, discriminação de preços, preços predatórios e compressão de margens – não são intrinsecamente “excludentes”, visto que a conduta em questão apenas pode ser considerada abusiva quando se demonstrar que produz efeitos anticoncorrenciais identificáveis (*e.g.*, a demonstração de que a estratégia de preços em apreço é capaz de excluir do mercado um concorrente igualmente eficiente estabelece estes efeitos)¹⁴⁴.

¹⁴¹ MEESE, 2003:80, e HAG, 2015:31.

¹⁴² Seguimos, de perto, MAKRIS, 2014:20.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ MAKRIS, 2014:21.

3.4. A Posição do TJUE

Como aponta ANNE WITT, a definição do objetivo (ou objetivos) do Direito da Concorrência não constituía a questão principal nos anos formativos do Direito Europeu da Concorrência¹⁴⁵. Contudo, especialmente através dos Acórdãos *Walt Wilhelm* (C-14/68), *Commercial Solvents* (6/73 e 7/73) e *Hoffmann-La Roche* (85/76), tornou-se claro, num momento inicial, que o objetivo visado pela política da concorrência gravitava em torno da proteção da concorrência ao serviço do “bem-estar económico da União” (cfr., *Roquette Frères*, C-94/00, e *TeliaSonera*, C-52/09, ou seja, da integração económica). Diga-se, ainda, que o TJUE, inclusive, já chegou a definir o conceito de “concorrência” como o nível de concorrência necessário a satisfazer os objetivos do Tratado (cfr., Acórdão *Metro*, C-26/76)¹⁴⁶.

Porém, enquanto a CE, como iremos ver, se foca, sobretudo, no *consumer welfare* (apesar de, recentemente, começar a abrir o leque de objetivos, tal como teremos oportunidade de mencionar), o TJUE, nitidamente, não considera que o *consumer welfare* é o propósito exclusivo do DEC, tal como se retira, cristalinamente, do §63 do Acórdão *GlaxoSmithKline* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P), do Acórdão *Sot. Lélos kai Sia EE* (C-468/06 a C-478/06) e do Acórdão *T-Mobile* (C-8/08)^{147/148}, tendo, de facto, o objetivo da integração económica de um mercado único dominado a construção do DEC durante largos anos^{149/150}, tal como se depreende do Acórdão *Metro*, 26/76, e do Acórdão *Hugin*, 22/78 (pelo menos até ao Tratado de Lisboa, onde se eliminou, como objetivo formal, a concorrência não distorcida como meio para estabelecer um mercado comum¹⁵¹)^{152/153}, ainda que o TJUE aceite, como um dos demais objetivos, numa visão pluralista como centro de gravidade, o *consumer welfare* (ao contrário, por exemplo,

¹⁴⁵ WITT, 2016:261.

¹⁴⁶ PARRET, 2012:61.

¹⁴⁷ WITT, 2016:266, e PARRET, 2012:80.

¹⁴⁸ ANDERSEN, 2020:59.

¹⁴⁹ GERBER, 1998:347, e GERADIN, LAYNE-FARRAR & PETIT, 2012:25.

¹⁵⁰ PAIS, 2011:64

¹⁵¹ Diga-se, porém, que o “Protocolo sobre o Mercado Interno” ainda menciona este objetivo, pelo que, ainda que indiretamente, a referência a este objetivo ainda se encontra presente.

¹⁵² PARRET, 2012:63.

¹⁵³ MOTTA, 2004:23.

do *total welfare*¹⁵⁴)¹⁵⁵.

Mas, quanto ao “processo de concorrência em si”, na esteira do artigo 102.º, TFUE, o TJUE, afirmou, no Acórdão *Continental Can* (caso 6/72), que aquela “[...] disposição [...] se refere [...] também àquelas [práticas] que lhes [aos consumidores] causam prejuízo por impedirem uma **estrutura de concorrência efectiva**” (§26)¹⁵⁶. No mesmo sentido vai, também o Acórdão *Hoffmann-La Roche* (caso 85/76), que afirma, numa formulação que mais tarde é reutilizada pelo Acórdão *France Télécom* (T-350/03, §266), que a existência de uma posição dominante enfraquece a estrutura concorrencial, razão pela qual “[...] qualquer restrição suplementar dessa estrutura concorrencial é suscetível de constituir uma exploração abusiva de posição dominante” (§123). No mesmo espírito encontramos o Acórdão *British Airways*, C-95/04 P, que afirma que o abuso de posição dominante exposto no supramencionado artigo não visa “[...] apenas as práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas também aquelas que lhes causam prejuízo por **impedirem uma estrutura de concorrência efetiva**” (§106)¹⁵⁷. Esta visão intermédia da proteção da estrutura da concorrência é, também, reproduzida no Acórdão *TeliaSonera* (C-62/09), onde se pode ler que a proibição do abuso de posição dominante “[...] se refere não apenas às práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas também àquelas que lhes causam prejuízo por prejudicarem a concorrência” (§24). Note-se, mesmo do ponto de vista da CE, que tem progressivamente adotado o objetivo do *consumer welfare* como a estrela polar da sua política da concorrência¹⁵⁸, vemos que, na Decisão *Google Android* (Caso AT.40099), aquela entidade reconhece, através da análise da conduta da Google, a importância da preservação do processo de concorrência (ainda que associada ao *consumer welfare*): “[a] conduta da Google é suscetível de prejudicar, direta ou indiretamente,

¹⁵⁴ GRONDEN & RUSU, 2024:10. | Porém, no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia, as autoridades de concorrência inclinam-se para uma perspetiva de *total welfare*, MOTTA, 2004:20.

¹⁵⁵ GRONDEN & RUSU, 2024:10.

¹⁵⁶ NN.

¹⁵⁷ NN.

¹⁵⁸ WHISH & BAILEY, 2012:131, HAG, 2015:16.

os consumidores que, em resultado da interferência da Google no **processo concorrencial normal**, podem ver reduzida a escolha de serviços de pesquisa geral disponíveis” (§863)¹⁵⁹. Ainda assim, em todos estes Acórdãos (e decisões) vemos uma visão latentemente utilitarista, ainda que com alguma abertura deontológica, do “processo de concorrência” no DEC.

Interessante é, ainda, o Acórdão *GlaxoSmithKline* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P), uma vez que o TJUE vai além da posição exposta nos Acórdãos *Continental Can* e *British Airways* ao abranger, para além da estrutura do mercado, a proteção da concorrência em si mesma: o artigo 102.º, TFUE, visa, “[...] a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a **estrutura do mercado** e, deste modo, **a concorrência em si mesma**” (§63)¹⁶⁰. Formulação que reaparece no Acórdão *T-Mobile* (C-08/08), ao afirmar que o artigo 102.º, TFUE, à “[...] semelhança das outras regras da concorrência [...], não se destina unicamente a proteger os interesses diretos dos concorrentes ou dos consumidores mas a estrutura do mercado e [...] a concorrência enquanto tal” (§38)¹⁶¹. Diga-se, aliás, que o Acórdão *Slovenská* (C-68/12) veio confirmar a aplicação deste raciocínio ao artigo 101.º, TFUE: “[...] o artigo 101.º [...] visa proteger [...] também a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência enquanto tal” (§18).

Assim, vemos que o TJUE adota aquilo que se pode designar como uma *processed-based approach*, visto que coloca no centro do DEC a proteção da liberdade económica, a proteção dos concorrentes, a proteção da estrutura competitiva, a proteção do processo competitivo e a *justiça-equitativa* (cfr.,

¹⁵⁹ NN.

¹⁶⁰ NN.

¹⁶¹ “O objectivo do direito europeu da concorrência tem forçosamente de ser **a protecção da concorrência e não do concorrente**, porque com isso beneficiam indirectamente os consumidores e o interesse geral”, Conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT apresentadas em 19 de fevereiro de 2009, C-8/08, §71 (NN). | “[O] artigo 82.º CE, tal como as outras regras do Tratado em matéria de concorrência, não se destina, em primeira linha, a proteger os interesses directos dos diferentes concorrentes ou consumidores, **mas sim a estruturado mercado e, deste modo, a concorrência como tal (como instituição)** [...]”, Conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT apresentadas em 23 de fevereiro de 2006, C-95/04 P, §68 (NN). | Esta visão do processo de “concorrência” como uma instituição está, também, presente nas Conclusões da Advogada-Geral STIX-HACKL apresentadas em 1 de Julho de 2004, C-247/02, §36.

Acórdão *General Motors*, 26/75, onde o TJUE, no §12, faz referência ao abuso por preços excessivos devido a estes levarem a um “unfair trade”)¹⁶². Porém, esta posição não é puramente deontológica, ainda que se assuma como *processed-based* e de raiz pluralista, desde logo porque a análise da “proteção do processo competitivo” é feita através de uma pletera de objetivos, esses sim, finais para medir essa mesma proteção. E é nesta pletera de objetivos que encontramos o “pluralismo” dialético, no seio do Direito da Concorrência – defendido, por exemplo, através de uma perspetiva deontológica, por OLES ANDRIYCHUK¹⁶³ –, que parte da premissa que as duas principais teorias normativas (*i.e.*, deontológica e utilitarista) não são suficientemente prescritivas para fornecer orientações adequadas aos intérpretes e aos decisores¹⁶⁴. De acordo com esta visão, não se verifica a necessidade de uma hierarquização estrita entre os objetivos do DEC, devendo, inclusive, ser considerada a inclusão do raciocínio consequencialista e do deontológico, quando objetivamente justificado, ou seja, idealmente, o TJUE deverá, tentando evitar as limitações inerentes ao tradicional raciocínio dicotómico, proceder à adaptação dos princípios gerais ao contexto específico de cada caso¹⁶⁵.

O TJUE, hodiernamente, tem, de facto, mais do que aderir puramente à teoria deontológica ou à teoria utilitarista, interpretado o DEC num quadro de objetivos múltiplos, sem se basear exclusivamente num único objetivo ou escola de pensamento, o que indica que o TJUE adere ao pluralismo de objetivos (*e.g.*, no Acórdão *Continental Can*, C-6/72, o TJUE afirma que devemos ter em conta a eficiência; nos Acórdãos *AstraZeneca*, T-321/05, *Österreichische*, T-214/01, associa o bem-estar à integração do mercado comum – nomeadamente, como se vê no Acórdão *TeliaSonera*, C-52/09, aumentar o *social well-being*; no Acórdão *GB-Inno-BM*, C-18/88, o TJUE adere a um certo de princípio de justiça ao afirmar que o DEC deve tentar garantir a igualdade de oportunidades; no Acórdão *Google Android*, T-

¹⁶² Cfr., NAGY:2024:9-10.

¹⁶³ Cfr., ANDRIYCHUCK, 2010.

¹⁶⁴ AL-AMEEN, 2012:267-270.

¹⁶⁵ MAKRIS, 2014:12.

604/18, o TJUE faz uma importante menção à importância da democracia no Direito da Concorrência; etc.)¹⁶⁶. Em bom rigor, o TJUE tem uma posição pluralista, dialética e de essência deontológica, com traços de utilitarismo holístico.

3.5. A Posição da Comissão Europeia

O conceito e peso de “consumer welfare”¹⁶⁷, que nasce com ROBERT BORK, da Escola de Chicago, nos anos 70 (apesar deste autor acabar por englobar o *welfare* dos consumidores e dos produtores, razão pela qual, por vezes, alguma literatura utiliza o termo “consumer welfare” quando, na verdade, pretende referir-se ao *total welfare*^{168/169})¹⁷⁰, é extremamente controverso, apesar da CE¹⁷¹, como já sublinhado por KROES em 2005¹⁷² e NEELIE KROES em 2015¹⁷³, colocar a tónica, desde o *Green Paper* sobre Restrições Verticais de 1997¹⁷⁴, nesta “estrela-polar” do Direito (Europeu) da Concorrência (ainda que se note uma tendência em aceitar demais objetivos, tal como se observa nos *Aditamentos à Orientação sobre Abusos de Exclusão*). Posição análoga encontramos no *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*, Reino Unido, que afirma que a *Competition and Markets Authority* deve promover a concorrência, dentro e fora do Reino Unido, para beneficiar os consumidores.

Por exemplo: as *Orientações sobre Acordos de Cooperação Horizontal* afirmam que as leis de “[p]ropriedade intelectual e as leis da concorrência partilham os mesmos objetivos de promover o *welfare* dos consumidores e a inovação” (§44); as Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado 2004/C 101/08 (“*Orientações Gerais*”) declaram que “[o] objetivo do artigo 81.º é proteger a

¹⁶⁶ LIANOS, 2013:32-37.

¹⁶⁷ Cfr., OECD, 2023:13-14.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ KAPLOW, 2012:3.

¹⁷⁰ Cfr., KOVACIC, 2020.

¹⁷¹ “When the Commission argues that consumer welfare is the standard it applied in its assessments, they consider consumer welfare to be the most important goal. Economic efficiency as such and the total welfare of the society have thereby subordinated roles”, HAG, 2015:16.

¹⁷² *Aut. cit. in* WHISH & BAILEY, 2012:19.

¹⁷³ Cfr., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_05_512.

¹⁷⁴ DASKALOVA, 2015:131.

concorrência no mercado como forma de melhorar o bem-estar dos consumidores e garantir uma alocação eficiente dos recursos”; as *Orientações sobre Acordos de Transferência de Tecnologia* expõem a ideia de que o objetivo do artigo 101.º, TFUE, “[...] é proteger a concorrência no mercado com o objetivo de promover o welfare do consumidor e uma alocação eficiente dos recursos” (§5)¹⁷⁵.

É interessante notar, ainda, que a CE associa “eficiência” a “consumer welfare”¹⁷⁶. Tal associação está bastante presente nas *Orientações Gerais*, onde se lê que “[...] aos consumidores deve ser reservada uma parte equitativa dos ganhos de eficiência gerados pelo acordo restritivo” (§83). Aliás, como ALISON JONES, BRENDA SUFRIN e NIAMH DUNNE apontam, atingir um objetivo de maximização do *consumer welfare* implica o estímulo de eficiência do mercado¹⁷⁷.

Ainda que o Tribunal Geral, no acórdão *Österreichische*, T-213/01 e T-214/01, tenha afirmado, expressamente, que “[...] as normas que se destinam a garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno têm por finalidade última aumentar o bem-estar [portanto, sem referência ao *welfare*] do consumidor”, a escolha da expressão *consumer welfare* pela CE serve, acima de tudo, como bem explica ARIEL EZRACHI, um objetivo de delimitação terminológica, que acabou por ser introduzida na própria jurisprudência subsequente¹⁷⁸. Portanto, e mesmo sem definir concretamente “bem-estar” e “welfare”, podemos afirmar, pelo menos, que o conceito de bem-estar (*well-being*, *Wohlergehen*, *benessere*, *bien-être*), referido, por exemplo, no artigo 3.º, n.º 1, TUE, e nos Acórdãos *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, C-377/20, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, e *Österreichische Postsparkasse*, T-213/01 e T-214/01, parece, desde logo, ser mais amplo do que o conceito de *consumer welfare*¹⁷⁹, tal como nota ARIEL EZRACHI¹⁸⁰, e foi introduzido, na conhecida visão de MARIO MOTI, para escarpelizar a noção normativamente abstrata de “bem-estar”. Portanto, podemos representar “consumer welfare” e “bem-

¹⁷⁵ Cfr., sobre isto, HAG, 2015:16.

¹⁷⁶ PARRET, 2012:69.

¹⁷⁷ ALISON, BRENDA & NIAMH DUNNE, 2023:33.

¹⁷⁸ EZRACHI, 2018:5.

¹⁷⁹ Cfr., se bem o interpretamos, ANDRIYCHUK, 2010:356.

¹⁸⁰ EZRACHI, 2018:5.

estar do consumidor” da seguinte forma:

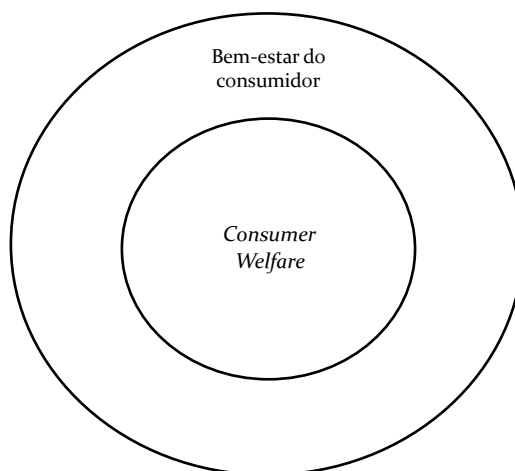


Figura 2. Diagrama a representar o Consumer Welfare

Contudo, releva deixar a nota de que a CE parece começar a considerar, pelo menos em termos abstratos, que o *consumer welfare* pode não ser o único e exclusivo objetivo do DEC (algo que iremos explorar um pouco mais na conclusão), tal como sublinhou MARGRETHE VESTAGER: o DEC é capaz de perseguir múltiplos objetivos, “[...] tais como equidade e igualdade de condições, integração do mercado, preservação dos processos competitivos, bem-estar dos consumidores, eficiência e inovação e, em última análise, pluralidade e democracia”¹⁸¹. Em bom rigor, a CE tem uma posição pluralista (ainda que com traços monísticos), holística e de essência utilitarista, ainda que com pontuais traços de deontologia. De facto, nos *Aditamentos à Orientação sobre Abusos de Exclusão* apresenta-se a ideia de que:

[a]o longo dos anos, as regras da União Europeia [...] em matéria de concorrência têm sido fundamentais para proteger o processo concorrencial no mercado interno [...]. A aplicação destas regras [...] ‘serve bem a Europa, contribuindo para a criação de condições de concorrência equitativas em que os mercados servem os consumidores’. Além disso, pode contribuir para a consecução de objetivos que vão além do bem-estar dos consumidores, como a pluralidade numa sociedade democrática, (§1).

¹⁸¹ Keynote of EVP Vestager at the European Competition Law Tuesdays, “A Principles Based approach to Competition Policy”, 25 de outubro de 2022 disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_6393 [consultado a 11/09/25].

Quanto à abertura que a CE deixa a respeito da adoção de uma tese mais deontológica, é interessante notar (e sem prejuízo da sua abordagem marcada pelo utilitarismo) que há uma certa adesão a uma corrente deontológica na *Orientação sobre Abusos de Exclusão* no §30, onde a CE afirma que a própria proteção da concorrência pode surgir como objetivo deontológico e o seu afastamento não pode ser justificado com bases utilitaristas ou consequencialistas:

[q]uando não existe concorrência [...] a proteção da rivalidade e do processo de concorrência sobrepõe-se a possíveis ganhos de eficiência. Na opinião da Comissão, o comportamento de exclusão que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio não pode normalmente ser justificado por criar também ganhos de eficiência.

4. Uma Deontologia Concorrencial: O Status Quo no DEC e a Proteção do “Processo da Concorrência”

A posição da CE relativa ao *consumer welfare*, que aparentemente apresenta uma natureza puramente deontológica, é, em rigor, de natureza utilitarista. Isto porque a âncora primordial do Direito da Concorrência é, *prima facie*, a promoção do processo de concorrência¹⁸², ou seja, segundo a CE, a promoção da concorrência com vista a aumentar o *consumer welfare*. Assim, “[u]ma forma de descrever a linha divisória entre as abordagens adotadas pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça é recorrer à teoria do utilitarismo e às teorias deontológicas. A primeira teoria promove o bem-estar e a eficiência dos consumidores, enquanto as últimas defendem uma estrutura de mercado pluralista/livre concorrência”¹⁸³.

Contudo, hodiernamente, pelo menos no plano europeu, a visão utilitarista do DEC tem dominado a dialética jusconcorrencial, especialmente a nível da literatura (*e.g.*, de acordo com a análise de STYLIANOU e IACOVIDES¹⁸⁴, apenas ANDRIYCHUCK, FOX e WU defendem a proteção do processo da concorrência como

¹⁸² Cfr., ZIMMER, 2012:500 e PRATES & BAYÃO HORTA, 2025:247.

¹⁸³ HAG, 2015:29 (TN).

¹⁸⁴ Cfr., STYLIANOU & IACOVIDES, 2022:620-648.

um fim em si mesmo¹⁸⁵) e da CE¹⁸⁶. De facto, uma pura perspectiva deontológica, ou seja, uma abordagem que protege o processo da concorrência como um valor jusfilosófico e *filosófico-económico* em si mesmo (*rectius*, independentemente de quaisquer consequências, “boas” ou “más”), está, além das portas do pensamento do TJUE e dos Advogados-Gerais (que, mesmo assim, não chegam à pureza da deontologia de ANDRIYCHUCK)¹⁸⁷, quase ausente do DEC, ainda que haja momentos que manifestam uma certa adesão a este pensamento (algo que iremos aprofundar no Capítulo final). Porém, como apontam STYLIANOU e IACOVIDES, com o apoio de SARA HAG¹⁸⁸, “[...] a legislação da UE em matéria de concorrência parece [...] dar prioridade ao processo em detrimento do resultado (por exemplo, eficiência, bem-estar), partindo do princípio de que o processo, por sua vez, produzirá os resultados otimizados¹⁸⁹.”

Ainda assim, independentemente da visão específica quanto ao processo concorrencial como sendo um *objetivo-final* em si¹⁹⁰, e não apenas um fundamento *teleológico-ontológico*, a verdade é que, como bem aponta a OCDE, vários ordenamentos jurídicos mencionam especificamente, *per se*, a proteção do “processo da concorrência” na legislação interna (*e.g.*, *Akta Persaingan n.º 712* da Malásia, *Ley de Represión de la Competencia Desleal n.º 1044* do Peru, *Ley de Fomento de la Competencia y Protección Efectiva de los Consumidores n.º 7474* de Costa Rica, *Ley n.º 45* do Panamá, *Lei Federal de Proteção da Concorrência n.º 135-FZ* da Rússia, *Ley de Defensa de la Competencia 15/2007* de Espanha, *Lei Antimonopólio do Japão* e *Lei da Concorrência n.º 89* de África do Sul¹⁹¹), pelo que a pretensão de alguns autores, como é o caso de OLES ANDRIYCHUK¹⁹² e da Escola de

¹⁸⁵ Cfr., *idem*, 625-626.

¹⁸⁶ Cfr., ANDRIYCHUK, 2012:107.

¹⁸⁷ Cfr., STYLIANOU & IACOVIDES, 2022:643

¹⁸⁸ Cfr., HAG, 2015.

¹⁸⁹ Cfr., STYLIANOU & IACOVIDES, 2022:639.

¹⁹⁰ “The protection of an ‘effective competition structure’ provides for a wider prism than that reflected by the consumer welfare benchmark. It draws attention to the competitive process as such and has led to the condemnation of conducts that impair genuine undistorted competition”, EZRACHI, 2018:8.

¹⁹¹ LEE, 2005, e ONU, 2015.

¹⁹² Cfr., ANDRIYCHUK, 2012, ANDRIYCHUK, 2017, ANDRIYCHUK, 2010.

Friburgo, de defenderem o processo concorrencial como um objetivo em si não é, de todo, desprovida de fundamento positivado. Mas, diga-se, em tom preliminar, que, como bem se observa em STYLIANOU e IACOVIDES¹⁹³, a defesa da “estrutura do mercado” (Escola de Harvard) não é sinónimo de defesa da “concorrência em si”, ainda que estejam ligadas, como explicam ALISON JONES e BRENDA SUFRIN¹⁹⁴. Aliás, surpreendentemente, a defesa da “estrutura do mercado” e do “processo da concorrência” são os objetivos mais mencionados pelo TJUE (que adota uma visão com traços mais deontológicos, pluralistas e dialéticos) e pela CE (que adota uma visão com traços mais utilitaristas, monistas e holísticos), como teremos oportunidade de expor *infra*.

De facto, a importância que o “conflito de opostos”, como realidade *ens realissimum*, tem na origem e construção do Direito (da Concorrência)¹⁹⁵ torna-se aparente se olharmos para uma revisão estatística da literatura, da jurisprudência, e das decisões da CE ao longo do tempo, que sugere que aquele objetivo é uma parte ontologicamente integrante do Direito da Concorrência e não um qualquer produto do *Zeitgeist*. Como explicam KONSTANTINOS STYLIANOU e MARIOS IACOVIDES: o TJUE menciona o “processo da concorrência” cerca de 65 vezes, a CE aproximadamente 52 vezes e os Advogados-Gerais quase 36 vezes (num total de 153 menções). Em acrescento, e em termos percentuais face ao globo dos objetivos (*i.e.*, eficiência, bem-estar, liberdade económica, proteção dos concorrentes, estrutura do mercado, equidade, integração e processo da concorrência), com a CE a focar-se antes mais no *consumer welfare* e não tanto no processo da concorrência *per se*: (a) o TJUE menciona 26% das vezes o objetivo de proteger a “estrutura do mercado” e 25% das vezes a proteção do “processo da concorrência” (em comparação com um singelo 10% quanto ao bem-estar e 11% quanto à eficiência); e (b) os Advogados-Gerais mencionam 36% das vezes a proteção do “processo da concorrência” (em contraste com apenas 8% quanto ao bem-estar e 9% quanto à integração)¹⁹⁶.

¹⁹³ Cfr., STYLIANOU & IACOVIDES, 2022:620-648.

¹⁹⁴ JONES & SUFRIN, 2014:27.

¹⁹⁵ BUNARAMRUEANG, 2009:3.

¹⁹⁶ STYLIANOU & IACOVIDES, 2022:641.

A questão principal é que, apesar de todas estas menções, estas não correspondem à visão da proteção do “processo da concorrência como um fim em si mesmo”. Por outras palavras, ainda que autores como SARA HAG¹⁹⁷ defendam que o TJUE tenha uma posição deontológica, a verdade é que, em bom rigor, o TJUE nem sempre adota uma *pura* deontologia jusconcorrencial, como descreve, por exemplo, OLES ANDRIYCHUK¹⁹⁸ ou como traçam MESTMÄCKER e SCHWEITZER¹⁹⁹. MAS, em geral, como avisa CSONGOR NAGY, começamos a observar uma “[...] mistura única das duas abordagens, ainda que com tónicas distintas”²⁰⁰, especialmente a nível da análise monista vs. pluralista e dialética vs. holística.

¹⁹⁷ Cfr., HAG, 2015.

¹⁹⁸ Cfr., ANDRIYCHUK, 2012, ANDRIYCHUK, 2017, ANDRIYCHUK, 2010.

¹⁹⁹ Cfr., neste extremo, MESTMÄCKER & SCHWEITZER, 2014:67-68, *apud* FOX, 2024:79.

²⁰⁰ NAGY, 2024:12.

CAPÍTULO III

**O CONFLITO COMO UMA JUSTIFICAÇÃO CONCORRENCIAL
NORMATIVAMENTE VALIOSA EM TERMOS DEONTOLÓGICOS:
CONCLUSÕES JUSFILOSÓFICAS NO SEIO DE UM DIREITO CADA VEZ
MAIS ECONÓMICO, OU DO *ESQUECIMENTO-DE-SI***

5. Lembrando o Génesis

Recordando o ponto inicial da dissertação, impõe-se retomar o itinerário *ontológico-metafísico* que delinea a causa motriz do Direito da Concorrência: o homem enquanto *Ser-aí*, não apenas um sujeito jurídico, mas um ser de abertura existencial no seio da historicidade. A partir deste horizonte, torna-se inadiável assinalar a duplicidade metodológica que estrutura qualquer inquirição desta natureza: (a) por um lado, a via da ontologia jurídica, que interroga o fundamento mesmo do Direito da Concorrência na sua essência de *Direito-no-mundo*; (b) por outro, a via da funcionalização, que subordina a *normatividade-ontológica* à eficácia instrumental das suas operações. Assim, quando se coloca a questão de saber se o “processo de concorrência” deve ser erigido a “fim em si mesmo”, ou se permanece como um “meio” subordinado a finalidades ulteriores, não se trata apenas de uma disputa conceptual, mas da revelação de uma bifurcação mais profunda: ou o Direito da Concorrência se compreende a partir do seu *ser*, assumindo a “concorrência” como valor originário, ou se reconstrói no plano da utilidade, reduzindo o processo a uma engrenagem de um cálculo consequencialista.

5.1. Ontologia Jurídica: A Concorrência como o *Valor-mais-Real*

Do ponto de vista de ontologia jurídica (*rectius*, de ontologia do Direito da Concorrência), torna-se óbvia, por via da exposição do Capítulo 1 e 2 a importância que o conflito heraclitiano de opostos desempenha na construção de qualquer regime de Direito da Concorrência. Afinal, como frisam RICHARD WHISH e DAVID

BAILEY, “[c]ompetition means a struggle or contention for superiority”²⁰¹. Portanto, retiramos que a proteção do “processo de concorrência”, do ponto de vista de jusfilosofia, é, efetivamente, o valor *ens realissimum*, porque é a origem primordial do mercado. E a tensão inerente ao mercado, este *espírito-competitivo*, tem de obter preservação ao *nível-mais-universal*, sob pena, como explicava HERACLITO, de se verificar que o “[...] vencedor de cada disputa de extremos estabeleceria um domínio permanente e o mundo como tal seria destruído” (ou seja, deixaria de existir *conflito-criativo*)²⁰².

Anteriormente dissemos que o Direito da Concorrência – como KARL POPPER já sublinhou a respeito da liberdade em si²⁰³ – deve proteger a *liberdade-conflito* (*preventive antitrust policy*), mas também proteger **da** *liberdade-conflito* (*proactive antitrust policy*) como parte da concorrência em si²⁰⁴. Mas, note-se, isto não significa que a *igualdade-resultado* e a *igualdade-oportunidade* devam estar equilibradas, visto que – e tal já resulta de jurisprudência e prática decisória estável – o DEC, de uma perspectiva ordoliberal, deve almejar manter a *igualdade-oportunidade* de entrada e participação no mercado, mas isto não significa que a *igualdade-resultado* seja também protegida, ou seja, por vezes, é necessário salvaguardar a possibilidade de exclusão orgânica/natural (*rectius*, com base no mérito) de concorrentes menos eficientes (ainda que estes gozem da *igualdade-oportunidade*)²⁰⁵.

Contudo, isto não significa que o Direito da Concorrência não deva proteger a *abertura-à-possibilidade* de surgir *conflito-destrutivo*, ainda que promova o *conflito-construtivo*, tal como explicou JOSEPH FARRELL (“[t]he antitrust laws protect ‘competition’ – not just good competition”²⁰⁶). Deste modo,

Quando os ordoliberais procuram proteger a liberdade de competir em

²⁰¹ WHISH & BAILEY, 2012:3.

²⁰² KIRK & RAVEN, 1971:196 (TN).

²⁰³ *Apud* PAPP, 2024:80.

²⁰⁴ ANDRIYCHUK, 2017:164-165.

²⁰⁵ Celebremenente, Acórdão *Post-Danmark I*, C-209/10

²⁰⁶ FARRELL, 2006:171.

‘igualdade de condições’, a igualdade deve ser entendida como igualdade de oportunidades, não como igualdade de resultados. [...] A legislação europeia em matéria de concorrência – numa perspectiva ordoliberal – procura manter o acesso às oportunidades de mercado aberto a todos. Isto não significa que aqueles que não conseguem ter sucesso no mercado, apesar de terem tido igualdade de oportunidades para competir, tenham o direito de permanecer no mercado [...]²⁰⁷.

Mas isto, também, não significa que, uma vez surgido o *conflito-destrutivo*, este deva ser glorificado, ainda que seja contra este que o *conflito-criativo* ganhe significado, tal como HERACLITO demonstrou²⁰⁸, e que OLES ANDRIYCHUK transpôs para o reino jurídico: “[...] os elementos espontâneos e imprevisíveis da liberdade, [...] esses elementos negativos da irracionalidade constituem o núcleo indispensável da liberdade, sem o qual o fenómeno não teria sentido”²⁰⁹.

De facto, esta é uma das razões pela qual os modelos de concorrência perfeita são, inerentemente, utópicos²¹⁰, porque são uma concorrência puramente artificial sem um *conflito-destrutivo* (como sublinhava HAYEK, “[...] a concorrência só é importante porque e na medida em que os seus resultados são imprevisíveis [e] o seu efeito louvável deve manifestar-se frustrando certas intenções e desapontando certas expectativas”²¹¹), que dá origem ao *conflito-criativo*, que dá origem ao *conflito-destrutivo* (por tais motivos, o Direito da Concorrência é um “[...] ramo cuja materialidade assenta na imperfeição dos mercados [...]”²¹²; paradoxalmente, o Direito da Concorrência, assim como todo o Direito, tem síndrome utópico de suicídio: almeja atingir uma realidade que, se chegar, extingue a sua *raison d’être*)²¹³.

Aliás, esta dinâmica *sombra/luz* está, também, bastante presente em CARL JUNG, que afirmava que a *Sombra* é uma parte constante da *Psyche* de todos os

²⁰⁷ PAPP, 2024:81 (TN).

²⁰⁸ Sobre este ponto, cfr., KIRK & RAVEN, 1971:192, e GRAYLING, 2022:55.

²⁰⁹ ANDRIYCHUK, 2017:163 (TN).

²¹⁰ HORWITZ, 2020:99.

²¹¹ HAYEK, 2002:9 (TN).

²¹² AA. VV., 2024:145.

²¹³ JONES & SUFRIN, 2014:6 e ss.

humanos, e que a verdadeira virtude não é remover essa *Sombra*, mas sim controlá-la. Portanto, e lembrando, também, o homem do subterrâneo de DOSTOIEVSKI,

[a] *autodestruição da liberdade não pode ser eliminada. É inerente à trágica dialética da liberdade – ela recria-se constantemente por meio de um ato de autodestruição. [...] A sociedade deve sempre tentar cultivar a liberdade, melhorando-a, mas isso não pode ser feito através da eliminação das partes negativas – elas estão em dependência polar uma da outra*²¹⁴.

Se admitirmos que o Direito da Concorrência é “*L*” e que “*Y*” é uma *situação-no-mercado*, então $L \Rightarrow [D_{(LY)} \wedge K_{(LY)}]$. Contudo, o peso normativo do *conflito-criativo* supera o do *conflito-destrutivo*, daí que haja uma ordem preferencial descrita como $K_{(LY)} \succ D_{(LY)}$. Mas há uma relação de necessidade mútua: $\neg D_{(LY)} \Rightarrow \neg K_{(LY)}$, $\neg K_{(LY)} \Rightarrow \neg D_{(LY)}$. E, desta relação de necessidade, surge uma cláusula de não-eliminação descrita como “Preferência por $K_{(LY)}$, mas não se pode permitir $\neg D_{(LY)}$ ”, ou seja, $(K_{(LY)} \succ D_{(LY)}) \wedge D_{(LY)}$. Deste modo, sob um ponto de vista *lógico-proposicional*, as teses que sustentam a ideia de que o processo de concorrência deve ser protegido enquanto um valor autónomo – apoiadas, por exemplo, por WOUTER WILS²¹⁵, OLES ANDRIYCHUCK²¹⁶, ELEANOR FOX²¹⁷, TIM WU²¹⁸ e YRFET SHKRELI²¹⁹ – colhem apoio mais sólido.

5.2. Funcionalidade Jurídica: A Concorrência como o *Valor-mais-Real*

Mantendo o nosso compromisso com a articulação entre a Filosofia e o Direito, utilizando aquela como ponto de partida, iremos, agora, analisar os méritos da tese que “objetifica” o “processo de concorrência”, assim como a abertura que a UE tem à tese deontológica e os méritos e desméritos da tese utilitarista.

²¹⁴ ANDRIYCHUK, 2017:169.

²¹⁵ WILS, 2014:417-418.

²¹⁶ Cfr., ANDRIYCHUK, 2012, ANDRIYCHUK, 2017, e ANDRIYCHUK, 2010:579-580 e 589-590.

²¹⁷ FOX, 2008:79-88.

²¹⁸ WU, 2018:1-13.

²¹⁹ SHKRELI, 2015:43 (TN).

5.2.1. A Realidade Normativa Idealmente Coerente

A escola que sustenta esta tese reivindica um ganho *metodológico-hermenêutico* reconhecível: uma coerência interna que entrelaça a ontologia e a derivação fenomenológica, oferecendo, assim, uma “filiação” conceitual que pretende salvaguardar a origem do Direito da Concorrência da dissolução pragmática do mundo real²²⁰. Contudo, nesta fidelidade, em princípio, aninha-se um risco que, à primeira vista, pode passar despercebido: a coerência que protege a gênese tende a ocultar a fratura entre a abstração ontológica – estatuto último do “conceito” enquanto horizonte do *ser* – e a sua tradução em funcionalização material, isto é, o modo como as normas se desdobram e se testam na prática. Em bom rigor, ideal seria reconhecer o mérito hermenêutico sem ignorar a necessidade de um “salto de registo” que torne a tese suficientemente “conversável” com a realidade normativa, sob pena de se converter numa sistemática, bela sim, porém impotente perante a realidade do “facto mercantil”, algo que, note-se, é mais facilmente atingido pela visão dialética do que pela visão holística²²¹.

5.2.2. Convergência Ocasional de Realidades

Ambas as teorias acabam, por vezes, por representar um diagrama mais teórico, visto poderem convergir na prática²²², por exemplo: **(a)** o “processo competitivo”, geralmente, assegura o máximo *surplus*, pelo que a “proteção do processo” e a procura do “resultado ideal” podem, efetivamente, conduzir aos mesmos resultados no âmbito dos acordos restritivos, visto que, na maioria dos casos mais práticos, é o “processo competitivo” que garante o melhor resultado, pelo que é possível deduzir que as duas abordagens podem dar origem às mesmas conclusões²²³; **(b)** no famoso caso *Heinz* estávamos perante 3 empresas (A, com 60% de quota de mercado, e B e C, que teriam, em conjunto, uma quota de cerca de 30%) que atuavam, no contexto norte-americano, no mercado da comida de bebés, sendo que as autoridades norte-

²²⁰ Sobre este ponto, *vide*, OCDE, 2023:17.

²²¹ Cfr., ANDRIYCHUK, 2010a.

²²² Também, cfr., PAPP, 2024.

²²³ NAGY, 2024:11.

americanas entenderam que B e C eram, enquanto entidades independentes, uma força autónoma de pressão de concorrência no mercado, pelo que não podia ser permitida uma concentração entre as duas, mesmo não havendo posição dominante – tanto a abordagem deontológica, com foco no “processo”, como a utilitarista, com foco no “consumer welfare”, tinham culminado na mesma decisão, visto que, do lado desta, a concentração era prejudicial por remover o poder de escolha dos consumidores, e, do lado daquela, o processo de rivalidade ficava extremamente reduzido.

5.2.3. Insegurança em Tempos (In)Certos

Não se pode ignorar que a hermenêutica deontológica, embora inspirada em nobres premissas de liberdade e dignidade, tem consequências institucionais delicadas: se a “concorrência” é um valor absoluto, o papel da CE tende a converter-se numa vigilância quase constitucional, cuja margem de discricionariedade se amplia ao ponto de diluir a previsibilidade regulatória. E, paradoxalmente, o mesmo argumento que pretende resguardar a autonomia dos operadores económicos pode degenerar em insegurança, na medida em que a ausência de critérios de ponderação pragmática transfere para o decisor administrativo ou judicial uma carga quase metafísica de interpretação (num momento em que as orientações da CE procuram aprofundar a definibilidade económica e encorajam o *self-assessment*²²⁴). Porém, e em tom de contraponto, iremos observar que, quiçá, a *effects-based approach* não seja assim tão “mais certa”, do ponto de vista metodológico, do que a *rights-based approach*.

5.2.4. Abertura do TJUE e da CE

Tanto o TJUE como a CE, como já tivemos oportunidade de ir mencionando, apresentam uma certa abertura à tese deontológica, ainda que aquele seja, face à CE, o “maior adepto”. De facto, do ponto de vista positivado – tal como explica MAKRIIS –

²²⁴ *Commission Staff Working Document, Evaluation of the Horizontal Block Exemption Regulations, SWD(2021)103 final of 6 May 2021*, p. 47. Com mais detalhe, vide o nosso escrito: FARIA & GUERRA, 2024:122-155.

, há alguns traços de pura deontologia na visão do TJUE da “responsabilidade especial” da empresa com posição dominante no mercado traçada no Acórdão *Michelin*, 322/81 (“[...] a empresa em causa tem a responsabilidade especial de não permitir que o seu comportamento prejudique a concorrência genuína e não distorcida no mercado comum”, §10)²²⁵, visto que esta “responsabilidade especial” deriva da constatação em si de que o mercado já está fragilizado, independentemente da sua efetiva “fragilidade” em termos empírico-concretos (aliás, se os efeitos anticompetitivos fossem a razão da “responsabilidade especial”, todas as empresas com poder de mercado teriam essa responsabilidade²²⁶)²²⁷.

Também na CE observamos uma certa abertura à visão deontológica, nomeadamente na *Orientação sobre Abusos de Exclusão* no §30, onde a CE afirma que a própria proteção da concorrência pode surgir como objetivo deontológico e o seu afastamento não pode ser justificado com bases utilitaristas ou consequencialistas: “[n]a opinião da Comissão, o comportamento de exclusão que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio não pode normalmente ser justificado por criar também ganhos de eficiência”.

Mas, e do ponto de vista do pluralismo dialético jusconcorrencial, é interessante notar que, aparentemente, como explica WAGNER-VON PAPP²²⁸, a CE se tem começado a distanciar do seu tradicional monismo holístico jusconcorrencial – que foi espoletado pela preferência da DG IV/Concorrência em 1990 pela abordagem “mais económica” baseada em “efeitos” – com o centro no *consumer welfare*. Se observamos a *Policy Brief* de 2023 (1/2003), os *Aditamentos à Orientação sobre Abusos de Exclusão* e os mais recentes planos de *Orientações para o Artigo 102.º*, a CE introduz um certo nível de pluralismo (*e.g.*, “[...] alcançar objetivos que vão além do bem-estar dos consumidores, como garantir a pluralidade numa sociedade democrática”, §1, Comunicação 2023/C 116/02) porque, talvez, nas palavras de WAGNER-VON PAPP, a CE se tenha apercebido “[...] that it may have bitten off more

²²⁵ Também, PAPP, 2024:80-81.

²²⁶ MAKRIS, 2014:18.

²²⁷ GORJÃO-HENRIQUES, 2020:672.

²²⁸ Também, PAPP, 2024:80-81.

than it can chew [...]”²²⁹ com a fixação na abordagem puramente utilitarista. De facto, parecem particularmente reveladoras desta visão as palavras de MARGRETHE VESTAGER: o DEC é capaz de perseguir múltiplos objetivos, “[...] tais como equidade e igualdade de condições, integração do mercado, preservação dos processos competitivos, bem-estar dos consumidores, eficiência e inovação e, em última análise, pluralidade e democracia”²³⁰.

Neste âmbito, parece haver espaço – especialmente quando vemos uma entidade quase secular a mudar a sua posição relativamente estável há quase 35 anos –, embora se deva analisar com mais detalhe os próximos anos de atividade da CE, para afirmar que a CE começa a considerar que a “[...] abordagem baseada nos efeitos não é, na verdade, a abordagem mais sensata do ponto de vista económico [...]” e que o “[...] processo competitivo deve desempenhar um papel mais importante, possivelmente até mesmo num quadro com um conjunto pluralista de objetivos”²³¹. De facto, como já sublinhou a OCDE, em larga medida baseando-se em KHAN: “[...] já muitos argumentaram que tal abordagem [a de considerar o “processo” como um bem em si mesmo] traria a prática de volta à linha das motivações iniciais para a introdução das leis de concorrência”²³².

5.2.5. Entre o Realismo e o Ceticismo

Nas circunstâncias em que as duas posições não se sobrepõem (como acontece no ponto *secundus*), a “alegação” de que a cooperação é mais “eficiente” fundamenta-se na incerteza empírica e, em última instância, como explica CSONGOR NAGY, requer uma opção de índole regulatória²³³. Em consequência da ausência de *provas-empíricas* substanciais, os responsáveis pelas tomadas de decisões, quer em termos políticos, quer em termos judiciais, acabam por fundamentar as suas opções em “probabilidades”, sendo que, em última instância, a sua decisão é determinada pelo

²²⁹ Também, *idem*, 78.

²³⁰ *Keynote of EVP Vestager at the European Competition Law Tuesdays*, “A Principles Based approach to Competition Policy”, 25 de outubro de 2022 disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_6393 [consultado a 11/09/25].

²³¹ Cfr., PAPP, 2024:78.

²³² OCDE, 2023:17 (TN).

²³³ NAGY, 2024:11.

grau de “prova” necessário para refutar a “suposição” de que o processo competitivo em si gera o resultado mais favorável possível.

Pegando num exemplo já avançado, também, por CSONGOR NAGY²³⁴, tanto a legislação da UE em matéria de concorrência como a legislação *antitrust* dos EUA partilham o *telos* de maximizar o *surplus*, e nenhuma delas está dogmaticamente vinculada ao “processo competitivo” quando a cooperação o supera de forma “comprovada”. A divergência nestas regras não decorre, a nosso ver, num “fetiche” europeu em preservar apenas a “concorrência” – mesmo em caso de redução do *surplus* –, mas antes de uma postura epistémica diferente: os tribunais da UE recusam-se a admitir, **sem mais**, que acordos que prejudicam visivelmente a concorrência podem gerar necessariamente um *surplus* superior (algo que se observa, cristalinamente, na raridade da aplicação do artigo 101.º, n.º 3, TFUE, especialmente a restrições pelo objeto)²³⁵. A questão fundamental não se encontra, portanto, na “possibilidade” – quase numa ótica de SÃO TOMÉ – da “cooperação” superar o valor da concorrência em si mesma, mas sim no grau de probabilidade necessário para a aceitar²³⁶.

5.2.6. Um Regresso “das” Mãos da “Effects-based Approach”²³⁷

Ao longo desta dissertação tivemos oportunidade de ver que a “concorrência”, entendida como *concorrência-conflito*, é a realidade original do Direito da Concorrência, sendo que se encontra a constituir o seu ponto ontológico *ens realissimum*. Porém, como se tem verificado ao longo dos últimos anos, especialmente a nível da prática das autoridades da concorrência nacionais e da CE, o DEC tem-se focado numa *effects-based approach* – com o centro no *consumer welfare*, que, diga-se, não encontra correspondência, para além, quiçá, de uma *paramétrica*, na *ratio* ontogenética deste ramo *jurídico-económico*²³⁸. Portanto, cumpre

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Seguimos, de perto, PAPP, 2024.

²³⁸ Aliás, e encontrando de frente as teses que defendem o *consumer welfare* em nome de uma “aplicação prática mais fácil”, este nem é a única materialização possível, tal como observamos na tese de AMARTYA SEN, que propõe avaliar o bem-estar através das capacidades individuais para

perguntar, afinal, se este desvio inautêntico da ontogenia – com prejuízo para uma *rights-based approach* – serviu propósitos funcionais mais benéficos do que a cumulação da autenticidade ontológica com a funcionalidade prática da “concorrência” como valor *ens realissimum*. Mas, por norma, os defensores da corrente *effects-based approach* (utilitarismo jusconcorrencial) criticam a tese *rights-based approach* (deontologia jusconcorrencial) afirmando que os pilares conceituais de “liberdade”, “processo”, “estrutura”, entre outros, não são nada para além de conceitos “vazios” e sem significado.

Concedemos, efetivamente, que esta é uma crítica algo válida, mas que redundava num boneco de palha e numa ausência – como veremos adiante – de introspeção analítica face à própria *effects-based approach*. Mas a respeito do boneco de palha, a verdade é que o “vazio conceitual” nada mais é do que uma mera ilusão, visto que – salvo os extremos deontológicos com os quais não concordamos – estes conceitos não podem ser invocados sozinhos, necessitando, antes, de uma construção alinhada com a Filosofia e com o Direito, assim como com uma dialética jusconcorrencial (e não uma visão holística), ou seja, estes conceitos devem ser articulados entre eles e articulados com outros valores, tal como propõe OLES ANDRIYCHUK²³⁹. Mas, diga-se, o principal argumento dos utilitaristas, especialmente dos que gravitam apenas em torno do *consumer welfare*, prende-se com a ideia de que a *effects-based approach* traz mais “rigor científico” ao DEC, enquanto a *rights-based approach* é vista como “pouco científica” e “pouco rigorosa”²⁴⁰. Ainda que se aceite que esta dicotomia tenha alguma veracidade, é importante salientar que o argumento não é tão robusto quanto aparenta. Vejamos.

Desde logo, *prima facie*, a *effects-based approach* parece partilhar o *individualismo metodológico* com a *rights-based approach*, uma vez que é a utilidade

funcionar – o que uma pessoa “pode fazer” ou “pode ser”. O “capability test” analisa a qualidade de vida realmente alcançável, focando o bem-estar e a liberdade de o perseguir. Dois conceitos são fundamentais: os *functionings* (realizações constitutivas do bem-estar) e a *capability* (conjunto de *functionings* valiosos acessíveis, representando a liberdade para alcançar bem-estar). Como nota SOFIA OLIVEIRA PAIS, esta abordagem, centrada na liberdade de escolha, adequa-se ao direito da concorrência e, segundo AMARTYA SEN, supera perspectivas utilitaristas, cfr., PAIS, 2018:36.

²³⁹ Cfr., ANDRIYCHUK, 2010a.

²⁴⁰ PAPP, 2024:82.

do indivíduo que está no centro da análise. Neste sentido, as preferências assumem uma natureza subjetiva, não se limitando a ser de natureza pecuniária, podendo ser também altruístas ou relacionadas com os “outros”, e incluem preferências sobre os estados presentes e futuros do mundo²⁴¹. Além disso, as preferências podem ser classificadas (em termos ordenais), mas não medidas (em termos cardinais), ou seja, não é possível comparar a satisfação de um indivíduo com a de outro, nem agregar a satisfação da população, pelo que podemos afirmar que o foco permanece no nível individual, alinhando a *effects-based approach* com a *rights-based approach* (o que dificulta determinar o que é benéfico para a sociedade como um todo)²⁴². Deste modo, é pertinente referir que é neste ponto que se adentra a ilusória certeza do método analítico da *effects-based approach*: a teoria económica do *welfare* constrói um modelo que analisa as preferências da sociedade com base na revelação de escolhas individuais no mercado, assumindo que o consumidor é racional e maximiza a sua utilidade ao fazer as suas escolhas. Contudo, esta previsão não passa de um cálculo aproximado, fundamentado em modelos perfeitos num mundo imperfeito²⁴³. De facto, erguer o estandarte de “certeza” e “rigor” na análise *effects-based* como sendo uma vitória sobre a *rights-based approach* é, talvez, gritar “Eureka!” quando se considera que pirite (*effects-based approach*) está mais perto de ouro (certeza e rigor na análise) do que prata (*rights-based approach*).

Adicionalmente, as preferências individuais são instáveis, mesmo quando expressas no mercado, e a sua correlação com o bem-estar do consumidor é igualmente incerta. Seguindo STUCKE, as efetivas escolhas dos consumidores não podem ser avaliadas em termos absolutos para inferir a utilidade: se fatores como “enviesamentos”, a “heurística” e a “força de vontade” reduzem a fiabilidade da medição da utilidade através das escolhas dos consumidores, a questão é que também reduzem a fiabilidade das autoavaliações do bem-estar individual e coletivo, ou seja – e ainda que os economistas infiram a utilidade a partir de escolhas observáveis no mercado –, as preferências manifestadas podem divergir das

²⁴¹ *Idem*, 83.

²⁴² *Idem*, 82.

²⁴³ *Idem*, 84.

verdadeiras preferências dos consumidores devido a efeitos de enquadramento, definições por defeito, fraco autocontrolo a longo prazo, fraca previsão afetiva, duração, adaptação hedónica e manipulação comercial. Portanto, embora as preferências declaradas sejam importantes, é preciso ter cuidado para não as confundir demasiado com o próprio bem-estar, ou seja, o que as pessoas afirmam que vai melhorar ou prejudicar o seu bem-estar pode não melhorar ou prejudicar necessariamente o seu bem-estar²⁴⁴.

Tudo isto apenas para demonstrar que a abordagem utilitarista, especialmente a que se associa com uma visão holística e monista, não é um passo tão “mais certo” face à abordagem deontológica, especialmente se considerarmos, também, o papel que a eficiência dinâmica, em particular a questão da “inovação”, tem no mercado, visto que, como explica WAGNER-VON PAPP, num “ambiente dinâmico”, a obtenção de resultados é influenciada por diversos fatores, incluindo os desenvolvimentos globais futuros e a reação dos participantes do mercado a esses desenvolvimentos. Portanto, a própria complexidade destes fatores mostra que é uma ilusão tentar reduzir fenómenos complexos a um pequeno conjunto de variáveis mensuráveis: para que o modelo fosse fiel à realidade, teria de incluir demasiados elementos; mas, para ser simples e utilizável, teria de os excluir²⁴⁵. Assim, a tentativa de encontrar um equilíbrio entre representar toda a complexidade e manter o modelo simplista acaba por ser contraditória e enganadora²⁴⁶. E, regressando a HERACLITO – que após milhares de anos ainda nos ensina sobre a realidade – a falácia em discussão quanto à *effects-based approach* pode ser resumida da seguinte forma: a crença errada de que o *devir* pode ser reduzido ao *ser- agora* e que o fluxo pode ser congelado num sistema de números constitui não apenas um erro epistémico, mas também metafísico, pois envolve uma negação da própria abertura e indeterminação que constituem a *realidade-em-si* do *Ser-ai*.

²⁴⁴ STUCKE, 2013:2587-2596.

²⁴⁵ PAPP, 2024:87.

²⁴⁶ *Ibidem*.

6. Conclusão

Depois de todo o caminho percorrido podemos concluir, pelo menos, um aspeto com relativa certeza: o conflito inerente à luta concorrencial é o ponto de origem ontológico do Direito da Concorrência. Portanto, o esquecimento desta *verdade-mais-autêntica*, equivale, em termos metodológicos, ao desagregar da coerência interna da hermenêutica jusconcorrencial. Porém, se, por um lado, não concordamos, como deixamos claro ao longo da dissertação, com as posições deontológicas e utilitaristas extremas, especialmente por fixarem, sob ilusória pretensão de estabilidade, uma âncora “objetificada”, devemos concordar, por outro, que o Direito da Concorrência necessita de uma coordenada concretizada no *mundo-real*, visto que, no final do dia, não estamos perante *stakeholders* etéreos nem idealizados, mas sim *entidades-reais* com preocupações materiais.

Porém, tal coordenada não necessita de existir na singularidade, dado que, como vimos *supra*, tal realidade tem a tendência de cair numa redução *ad minimum* da complexa realidade *jurídico-económica*. A própria adesão, pelo TJUE, ao pluralismo jusconcorrencial, assim como o “recuo” da CE em direção “à base” pluralista, denota exatamente esta noção, visto que, depois de décadas de prática, se chegou à conclusão de que o DEC não é uma ilha isolada num mar cósmico, *e.g.*, o DEC deriva do “conflito”, e o conflito existe e prolifera na liberdade, pelo que, desde logo, o diálogo democrático tem de ser uma parte importante na *transferência-valorativa* na analítica jusconcorrencial. Mas o DEC também existe em íntima ligação com duas partes principais – especialmente na Era do *Private Enforcement* – um consumidor e uma empresa, ou seja, não advogamos que o “consumer welfare” seja totalmente eliminado da análise jusconcorrencial (advogando, apenas, a sua remoção como centro decisório de imputação de efeitos). Adicionalmente, e tendo em conta que estamos no seio de um ramo económico, a sustentabilidade e o ambiente²⁴⁷ não podem deixar de ser um fator importante na dialética do Direito da Concorrência; da mesma forma que, apesar de todas estas considerações, não nos devemos esquecer da razão de ser “última” e

²⁴⁷ HAMMARSKIOLD, 2024, e IACOVIDES & STYLIANOU, 2025:1-30.

mais “real”: a concorrência como “processo” e os benefícios que a pressão concorrencial tem na própria produção de concorrência, isto é, quer abordado do ponto de vista deontológico, quer do ponto de vista utilitarista, a concorrência como processo deve começar a ser trazida, cada vez mais, para o centro do diálogo não holístico, quando mais não seja por coerência metodológica entre a *origem-no-mundo* e a *existência-no-mundo*.

Em suma, a abertura a uma visão pluralista com traços dialéticos, que articula a *rights-based approach* e a *effects-based approach*, é, na nossa opinião, a tese mais viável para a sobrevivência do DEC num mundo marcado pela dinamização do *devoir* (manifestado na eficiência dinâmica, especialmente na inovação) e pela polaridade metodológica apresentada pela esfera de valores deontológicos e utilitaristas presentes nos artigos 101.º e 102.º do TFUE e, em articulação, no TUE e no TFUE em geral – tentando travar, assim, o *esquecimento-de-si* que se verifica no DEC com a atribuição de estatuto gravitacional de “supernova” ao “slogan populista”²⁴⁸ que é o *consumer welfare*.

²⁴⁸ NAZZINI, 2011:44-45

REFERÊNCIAS

OBRAS E PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS

- AA. VV. (2024). *Manual de Regulação e Concorrência*. Almedina.
- AHO, KEVIN (2020). *Existencialismo*. Edições 70.
- AL-AMEEN, ABAYOMI (2012). *Antitrust Pluralism and Justice*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
- ANDERSEN, EMILY (2020). *The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies*. Lund University.
- ANDRIYCHUCK, OLES (2010a). *Dialectical antitrust: an alternative insight into the methodology of EC competition law analysis in a period of economic downturn*. In ECLR, vol. 31, n.º 4.
- ANDRIYCHUK, OLES (2010). *Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process*. In *European Competition Journal*, vol. 6, n.º 3.
- ANDRIYCHUK, OLES (2012). *Thinking Inside the Box: Why Competition as a Process is a Sui Generis Right – a Methodological Observation*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
- ANDRIYCHUK, OLES (2017). *The Normative Foundations of European Competition Law: Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*. Edward Elgar.
- BERDYAEV, NICOLAS (1928). *The Metaphysical Problem of Freedom*. In *Journal Put*, vol. 9, n.º 1.
- BERGH, ROGER VAN DEN (2018). *The More Economic Approach in European Competition Law: Is More Too Much or Not Enough?*. In “Economic Evidence in EU Competition Law”, eds. KOVAC MITJA & VANDENBERGHE ANN-SOPHIE, Intersentia.
- BLACK, OLIVER (2005). *Conceptual Foundations of Antitrust*. Cambridge University Press.

- BORK, ROBERT (1978). *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Free Press.
- BORK, ROBERT; WARD, BOWMAN (1965). *The Crisis in Antitrust*. In *Columbia Law Review*, vol. 65, n.º 3.
- BUDZINSKI, OLIVER (2007). *Monoculture versus Diversity in Competition Economics*. *Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge*, n.º 09-2007.
- BUNARAMRUEANG, PIYABUTR, (2009). *Normative Dynamics of Competition Laws*. In *UTCC Law Review*.
- BURTON, J. (1994). *Competition over competition analysis: a guide to some contemporary economics disputes*. In *Frontiers of Competition Law*, ed. LONBAY, Wiley Chancery.
- CABRAL, LUIS (2012). *Why is Competition a Good Thing?*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
- CONFRARIA, JOÃO (2020). *Regulação e Concorrência: Desafios do Século XXI*. UCP Editora.
- COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA (2018). *O Funcionalismo Sistémico de N. Luhmann e os seus Reflexos no Universo Jurídico*. Almedina.
- DABBAH, MAHER M. (2010). *International and Comparative Law*. Cambridge University Press.
- DASKALOVA, VICTORIA (2015). *Consumer Welfare in EU Competition Law: What is it (not) About?*. In *The Competition Law Review*, vol. 11, issue 1.
- DEUTSCHER, ELIAS (2024). *Competition Law and Democracy - Markets as Institutions of Antipower*. Cambridge University Press.
- DEWEY, DONALD (1964). *The Economic Theory of Antitrust: Science or Religion?*. In *Virginia Law Review*, vol. 50, n.º 3.
- DURANT, WILL (2024). *A História da Filosofia*. (2.ª edição). Cultura, trad. FRANCISCO SILVA PEREIRA.
- ELAZAR, YIFTAH (2023). *Adam Smith and the Wealth-Worshipping Spectator*. In *Journal of the History of Economic Thought*, vol. 45, n.º 2.
- ELY, RICHARD (1901). *Competition: Its Nature, Its Permanency, and Its*

- Beneficence*. In *Publications of the American Economic Association*, vol. 2, n.º 1.
- EZRACHI, ARIEL (2018). *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*. In “The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy”, BEUC.
 - EZRACHI, ARIEL; ROBERTSON, VIKTORIA (2014). *Can competition law save democracy? Reflections on democracy’s tech-driven decline and how to stop it*. In *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 00, n.º 0.
 - FARIA, TÂNIA LUÍSA; GUERRA, CARVALHO (2024). *Review of the EU Vertical and Horizontal Block Exemption Regulations and Guidelines – Where we are at and What Lies Ahead*. In *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 52.
 - FARRELL, JOSEPH (2006). Complexity, Diversity and Antitrust. In *Antitrust Bulletin*, vol. 51, n.º 1.
 - FOX, ELEANOR (2008). *The Efficiency Paradox*. In “How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on US Antitrust”, ed. PITOFSKY, Oxford University Press.
 - FOX, ELEANOR (2024). *What is Competition? The Meaning and Usefulness of ‘Competition’ as the Measure of Legality*. In “Why Competition”, *Concurrences*, eds. DANIEL CRANE, DAMIEN GERARD & RANDY TRITELL.
 - FRANCIS, DANIEL; SPRIGMAN, CHRISTOPHER JON (2025). *Antitrust: Principles, Cases and Materials*. (3.ª edição). American Bar Association.
 - GERADIN, DAMIEN, LAYNE-FARRAR, ANNE, PETIT, NICOLAS (2012). *EU Competition Law and Economics*. Oxford University Press.
 - GERBER, DAVID (2020). *Competition Law and Antitrust: A Global Guide*. Oxford University Press.
 - GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL (2020). *Direito da União*. (9.ª edição). Almedina.
 - GRAYLING, A. C. (2022). *Uma História da Filosofia*. Edições 70, trad. DESIDÉRIO MURCHO.
 - GRONDEN, JOHAN W. VAN DE; RUSU, CATALIN S. (2024). *Competition Law in the EU: Principles, Substance, Enforcement*. (2.ª edição). Edward Elgar.
 - GUERRA, CARVALHO (2025a). *A Metaphysical Justification for Article 102:*

- Human Nature: Wille zum Leben, Wille zur Macht, and Unternehmen-zum-Tode. In “Ensaio de Direito e Política da Concorrência: Navegar o Mercado no Século XXI”, eds. CARVALHO GUERRA & ALFAR RODRIGUES, Almedina.*
- HAG, SARA (2015). *The Objectives of EU Competition Law – A Normative Analysis*. Uppsala Universitet.
 - HALME, LASSE (2003). *The Polarity of Dynamics and Form: The Basic Tension in Paul Tillich’s Thinking*. Helsinki.
 - HAMMARSKILD, MARTIN (2024). *The Sustainability Argument in Competition Law*. Uppsala Universitet.
 - HAYEK, FRIEDRICH (2002). *Competition as a Discovery Procedure*. In *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 5, n.º 3.
 - HERACLITO (1889). *On Nature*. In “The Fragments of the Work of Heraclitus of Ephesus”, trad. G. T. W. PATRICK, Baltimore, N. Murray.
 - HILEBRAND, DORIS (2017). *The Equality and Social Fairness Objectives in EU Competition Law: The European School of Thought*. *Concurrences* n.º 1-2017.
 - HOBBS, THOMAS (1651). *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*. McMaster University Archive of the History of Economic Thought, ed. ROD HAY.
 - HORWITZ, STEVEN (2020). *Austrian Economics: An Introduction*. Cato Institute.
 - IACOBUCCI, EDWARD (2012). *The Law’s Answers to the Question: “Why Competition?”*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
 - IACOVIDES, MARIOS; STYLIANOU, KONSTANTINOS (2025). *The New Goals of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, and Privacy*. In *European Law Open*.
 - JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA (2008). *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press.
 - JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA (2012). *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press.

- JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA (2014). *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press.
- JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA; DUNNE, NIAMH (2023). *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press.
- KAPLOW, LOUIS (2012). *On the Choice of Welfare Standards in Competition Law*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
- KERBER, WOLFGANG (2007). *Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law*. Marburg Papers on Economics, n.º 09.
- KIRK, G. S.; RAVEN, J. E. (1971). *The Presocratic Philosophers: A Critical History with a Selection of Texts*. Cambridge University Press.
- KOVACIC, WILLIAM E. (2020) *The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History*. In *University of Chicago Law Review*, vol. 87.
- LARENZ, KARL (2019). *Metodologia da Ciência do Direito*. (8.ª edição). Fundação Calouste Gulbenkian.
- LASKI, HAROLD (1930). *Liberty in the Modern State*. Faber & Faber.
- LEE, CASSEY (2005). *Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared*. Institute for Development Policy and Management, University of Manchester, paper n.º 96.
- LEMM, VANESSA (2013). *Nietzsche and Heidegger on Justice*. In *Graduate Faculty Philosophy Journal*, vol. 34, n.º 2.
- LIANOS, IOANNIS (2013). *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition*. In “Handbook on European Competition Law – Substantive Aspects”, eds. IOANNIS LIANOS & DAMIEN GERADIN, Edward Elgar.
- LIANOS, IOANNIS (2022). *Schools of Thought and Competition Law*. Thirteenth Session of the UNCTAD Research Partnership Platform Intergovernmental Group of Experts.
- LIEFMANN, ROBERT (1915). *Monopoly and Competition as the Basis of a Government Trust Policy*. In *Quarterly Journal of Economics*, vol. 29, n.º 2.
- LUHMANN, NIKLAS (2009). *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie*

- sozialer Systeme*. (8.^a edição). VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- LÜTGE, CHRISTOPH (2019). *The Ethics of Competition*. Edward Elgar.
 - MACHIAVELLI, NICCOLÒ (2024). *O Príncipe*. Marcador, trad. ISABEL ALVES & MARIA VILAR DE FIGUEIREDO.
 - MADDALA, G.; MILLER, ELEN (1989). *Microeconomics: Theory and Applications*. McGraw-Hill.
 - MAIER-RIGAUD, FRANK (2012). *On the Normative Foundations of Competition Law – Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
 - MAKRIS, STAVROS (2014). *Applying Normative Theories in EU Competition Law: Exploring Article 102 TFEU*. In UCL Journal of Law & Jurisprudence, vol. 3.
 - MARQUES, NUNO CASTRO (2019). *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência*. UCP Editora.
 - MARTINS, MARIA BELMIRA; BICHO, MARIA JOSÉ; BANGY, AZEEM REMTULA (1986). *O Direito da Concorrência em Portugal*. Lisboa.
 - MATTHEIS, CLEMENS (2012). *The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society*. In Goettingen Journal of International Law, vol. 4, n.º 2.
 - MEESE, A. J. (2003). *Price Theory, Competition and The Rule of Reason*. In Illinois Law Review, vol. 77.
 - MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM; SCHWEITZER, HEIKE (2014). *Europäisches wettbewerbsrecht*. C.H. Beck.
 - MOESCHEL, WERNHARD (1989). *Competition Policy from na Ordo Point of View*. In “German Neo-Liberals, and the Social Market Economy”, eds. ALAN PEACOCK & HANS WILLGERODT, Macmillan.
 - MONTESQUIEU (2024). *Do Espírito das Leis*. Edições 70, trad. MIGUEL MORGADO.
 - MOTTA, MASSIMO (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.

- NAGY, CSONGOR (2024). *The purpose of competition law and the structure of competition analysis*. Edward Elgar.
- NAGY, CSONGOR ISTVÁN (2024). *The Conceptual Structure of EU Competition Law: Restrictive Agreements*. Edward Elgar.
- NAZZINI, R. (2011). *The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102*. Oxford University Press.
- NEGRINOTTI, MATTEO (2012). *The Single Market Imperative and Consumer Welfare: Irreconcilable Goals? Exploring the Tensions Amongst the Objectives of European Competition Law through the Lens of Parallel Trade in Pharmaceuticals*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH (1962). *Philosophy in the Tragic Age of the Greeks*. Regnery, trad. MARIANNE COWAN.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH (1996). *Homer’s Contest*. North America Nietzsche Society, trad. CHRISTA DAVIS ACAMPORA.
- OCDE (2023). *The Consumer Welfare Standard – Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*. In “OECD Competition Policy Roundtable Background Note”, DAF/COMP(2023)4.
- ODUDU, OKEOGHENE (2010). *The Wider Concerns of Competition Law*. In *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n.º 3.
- OECD (2024). *The Interaction Between Competition and Democracy*. OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n.º 316.
- PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2011). *Entre Inovação e Concorrência: Em Defesa de um Modelo Europeu*. UCP Editora.
- PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2018). *Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões*. In *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 35.
- PAPP, FLORIAN WAGNER-VON (2024). *The Goals of Competition Law: Is ‘Consumer Welfare’ really better defined than ‘Competition as Such’?. In “Why Competition”, Concurrences*, eds. DANIEL CRANE, DAMIEN GERARD &

RANDY TRITELL.

- PARRET, LAURA (2012). *The Multiple Personalities of EU Competition Law: Time for a Comprehensive Debate on its Objectives*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
- PEARSON, JAMES (2018). *Nietzsche’s Philosophy of Conflict and the Logic of Organisational Struggle*. Universiteit Leiden.
- PODSZUN, RUPPRECHT (2015). *The More Technological Approach: Competition Law in the Digital Economy*. In “Competition on the Internet”, ed. GINTARÉ SURBYTÉ, Springer.
- PORTUESE, PIERRE (2024). *Why Competition? Innovation*. In “Why Competition: Voices from the Antitrust Community and Beyond”, eds. DANIEL CRANE, DAMIEN GERARD & RANDY TRITELL, Concurrences.
- PRATES, RITA; HORTA, RICARDO BAYÃO (2025). *ESG e Concorrência: “Two Strangers Walk into a Bar... Will they Live Together Happily ever After?”*. In “Ensaio de Direito e Política da Concorrência: Navegar o Mercado no Século XXI”, eds. CARVALHO GUERRA & ALFAR RODRIGUES, Almedina.
- SCHOPENHAUER, ARTHUR (2023). *O Mundo como Vontade e Representação*. Edições 70, trad. M. F. SÁ CORREIA.
- SHKRELI, YRFET (2015). *Competition in European Union - Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union, Exemptions and State Aid*. In *Global Journal of Politics and Law Research*, vol. 3, n.º 6.
- SMITH, ADAM (1999). *Inquérito sobre a Natureza das Coisas e as Causas da Riqueza das Nações – Volume I*. Fundação Calouste Gulbenkian, trad. TEODORA CARDOSO & CRISTOVÃO DE AGUIAR.
- STUCKE, MAURICE (2012). *What is Competition?*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.
- STUCKE, MAURICE (2013). *Should Competition Policy Promote Happiness?*. In *Fordham Law Review*, vol. 81, issue 5.
- STYLIANOU, KONSTANTINOS; IACOVIDES, MARIOS (2022). *The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation*. In *Legal Studies*,

- vol. 42, Cambridge University Press.
- SULLIVAN, LAWRENCE (1977). *Economics and More Humanistic Disciplines: What are the Sources of Wisdom for Antitrust?*. In University of Pennsylvania Law Review, vol. 125, n.º 6.
 - TAYLOR, THOMAS (1980). *An Introduction to Austrian Economics*. Ludwig von Mises Institute.
 - VANBERG, VIKTOR (2004). *The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism*. Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, n.º 04/11, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik.
 - WHISH, RICHARD (2009). *Competition Law*. (6.ª edição). Oxford University Press.
 - WHISH, RICHARD; BAILEY, DAVID (2012). *Competition Law*. (6.ª edição). Oxford University Press.
 - WHISH, RICHARD; BAILEY, DAVID (2024). *Competition Law*. (11.ª edição). Oxford University Press.
 - WILS, WOUTER (2014). *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance*. In *World Competition*, vol. 37, n.º 4.
 - WITT, ANNE (2016). *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*. (1.ª edição). Hart Publishing.
 - WU, TIM (2018). *After Consumer Welfare, now What? The ‘protection of competition’ standard in practice*. In *Competition Policy Internacional*.
 - ZÄCH, R.; KÜNZLER, A. (2010). *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law*. In “The Development of Competition Law – Global Perspective”, Edward Elgar, ZÄCH, HEINEMANN & KELLERHALS (coord.).
 - ZIMMER, DANIEL (2012). *The Basic Goal of Competition Law*. In “The Goals of Competition Law”, ed. DANIEL ZIMMER, Edward Elgar.

DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA E ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS

- Acórdão *AKZO*, C-62/86.
- Acórdão *France Télécom*, C-202/07 P.
- Acórdão *Google Android*, T-604/18.
- Acórdão *Intel c. Comissão*, C-413/14 P
- Acórdão *Michelin*, T-203/01.
- Acórdão *Post Danmark*, C-209/10
- Acórdão *Servizio Elettrico Nazionale* C-377/20.
- Acórdão *Telefónica*, T-336/07.
- Acórdão *TeliaSonera*, C-52/09.
- Acórdão *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680-20.
- Decisão da Comissão *Intel*, Caso AT.37990.
- Decisão *Google Android*, Caso AT.40099.
- *RJ Reynolds Tobacco Co v. Cigarettes Cheaper*, 462 F 3d 690, 7th Cir 2006.
- *US vs. Aluminum Co of America*, 148 F 2d 416, 2nd Cir 1945.
- *Weidman c. Shragge* (1912, 46 SCR 1).

LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS OFICIAIS

- Aditamentos à Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão (2023/C 116/01) (“Aditamentos à Orientação sobre Abusos de Exclusão”).
- Conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT apresentadas em 19 de fevereiro de 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e o. contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.
- Conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT apresentadas em 23 de fevereiro de 2006, C-95/04 P, *British Airways plc contra Comissão das Comunidades Europeias*.
- Conclusões da Advogada-Geral STIX-HACKL apresentadas em 1 de Julho de 2004, C-247/02, *Sintesi SpA contra Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, §36.

- *Draft Guidelines on the applicability of Article 101 to horizontal cooperation agreements 2022.*
- *Keynote of EVP Vestager at the European Competition Law Tuesdays, “A Principles Based approach to Competition Policy”, 25 de outubro de 2022 disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_6393 [consultado a 11/09/25].*
- OCDE (2023). *The Consumer Welfare Standard – Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards. In “OECD Competition Policy Roundtable Background Note”, DAF/COMP(2023)4.*
- ONU (2015). *Model Law on Competition. United Nations Conference on Trade and Development, TD/RBP/CONF.8/L.1.*
- Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009/C 45/02 (“*Orientação sobre Abusos de Exclusão*”).
- Orientações relativas à aplicação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (*Draft*), 2024 (“*Draft Orientação sobre Abusos de Exclusão*”).
- Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia 2004/C 101/02 (“*Orientações sobre Acordos de Transferência de Tecnologia*”).
- Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado 2004/C 101/08 (“*Orientações Gerais*”).
- Orientações sobre a aplicabilidade do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal 2023/C 259/01 (“*Orientações sobre Acordos de Cooperação Horizontal*”).
- Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – versão consolidada (2012/C 326/01).

- *UK Merger Assessment Guidelines*, CMA 129, Março 2021.