



15 NEWSLETTER
MOMENTUM

MARÇO DE 2015 | EDIÇÃO PORTUGUESA

Linvo

Uma Equipa de Referência

EDITORIAL MOMENTUM



A velocidade do tempo que vivemos encontra uma expressão direta na intensidade de mudanças que atravessam o sistema jurídico. Uma ilustração perfeita é-nos facultada por esta edição do Momentum da SÉRVULO. O primeiro artigo desta edição, da autoria de José Duarte Coimbra, é dedicado ao novo Código de Procedimento Administrativo e às suas implicações na generalidade das atuações jurídico-públicas da Administração Pública. No âmbito do governo societário, apresenta-se uma reflexão sobre a Política de Seleção e de Avaliação de Dirigentes de Instituições de Crédito imposta pela Transposição da Diretiva europeia CRD IV. Por seu turno, Diogo Feio, responsável pela área de Fiscal, examina o regime de tributação em IRS para os residentes não habituais em Portugal. Subsequentemente, Marta Salgado Areias assina um artigo sobre o novo Regulamento geral da União Europeia relativo à proteção de dados. Na área de Propriedade Intelectual, esta edição inclui ainda a leitura de Patrícia Akester relativa à questão da cópia privada e às suas implicações no que toca à defesa dos direitos de autor. Na área de Europeu e Concorrência, Luís Bordalo e Sá propõe-nos uma análise sobre os descontos em *rappel* enquanto descontos de quantidade e sobre a consequente necessidade de fixação de jurisprudência. Rui Cardona Ferreira encerra esta edição com um artigo sobre a proibição de concorrência por parte dos administradores e a delimitação do conceito de atividade concorrente nesse preciso âmbito.

Procura-se aqui, em suma, facultar um retrato atual e acessível de aspetos de evolução nas principais áreas de prática. Deste modo se confirma o compromisso da SÉRVULO no sentido de proporcionar sempre uma leitura atenta e crítica dos novos dados legislativos e jurisprudenciais - de modo a antecipar tendências, a dar a conhecer os riscos e a explorar oportunidades decorrentes dos novos desenvolvimentos normativos.

O NOVO CPA: CONTEXTO E IMPLICAÇÕES

Publicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, o novo Código do Procedimento Administrativo entrará em vigor no próximo dia 8 de abril. Trata-se, naturalmente, de um acontecimento de significativa importância, tendo em conta que (i) em geral, e como é sabido, o CPA é o diploma legislativo de base para a generalidade das atuações jurídico-públicas da Administração Pública, sob o duplo ponto de vista da tramitação procedimental e do regime substantivo; (ii) em particular, a publicação do novo CPA corresponde à conclusão de um procedimento legislativo longo, cujos inícios remontam ao ano de 2012.

Independentemente do valor simbólico da opção de o tomar como um «novo Código», o certo é que, na substância, o novo diploma corresponde a uma alteração profunda do atual CPA. A profundidade da alteração — visível, desde logo, na reordenação sistemática, no aumento e renumeração das atuais disposições e na introdução de algumas totalmente novas — não significa, ainda assim, uma «revolução» no contexto do Direito Administrativo português, cujos traços identitários e conceptuais se mantêm, no seu tronco central, idênticos. Ainda assim:

- a) No que respeita ao âmbito de aplicação, o novo CPA introduz precisões cujo sentido essencial se traduz no seu alargamento (v.g., quanto às entidades administrativas independentes);
- b) No capítulo dos princípios gerais da atividade administrativa, o novo Código procede, por um lado, a um alargamento do atual elenco (v.g., princípio da cooperação leal com a União Europeia) e, por outro, à densificação do conteúdo dos princípios vertidos no antigo CPA;
- c) A regulação geral do procedimento administrativo introduz novidades de revelo, como sejam uma densificação das garantias de imparcialidade, a introdução, a título geral, da figura das *conferências procedimentais* e do *auxílio administrativo* ou, por exemplo, uma referência à (cada vez mais comum) figura das comunicações prévias;

d) As inovações no capítulo da atividade administrativa terão um significativo impacto na conformação das relações diárias da Administração Pública com os particulares: por exemplo, a introdução de um capítulo alargado sobre o regime substantivo dos regulamentos administrativos, mudanças importantes no sistema de invalidade do ato ou, de forma especial, a flexibilização do sistema de *revogação* dos atos (agora cindido nas figuras da *revogação* e da *anulação administrativa*).

Marcado por exigências de simplificação, desburocratização e flexibilização, o novo CPA não deixa de se traduzir, todavia, num instrumento legislativo de complexidade acrescida quando comparado com o anterior. A sua adequada compreensão é, nestes termos, pressuposto imprescindível para a atuação de toda a Administração Pública e para todos quantos, diariamente, com esta lidem.

“(...) Não está em causa, ainda assim, uma «revolução» no contexto do Direito Administrativo português, cujos traços identitários e conceptuais estruturais se mantêm.(....)”

POLÍTICA DE SELEÇÃO DE DIRIGENTES DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

No âmbito do governo societário, um dos novos deveres estabelecidos na versão do Regime Geral bancário alterada pelo DL n.º 157/2014, de 24 de outubro, é o dever de aprovação de uma política interna de seleção e avaliação dos dirigentes das instituições de crédito.

Procura-se com este instrumento de autoconformação organizativa que, no âmbito da seleção e avaliação dos dirigentes, cada instituição de crédito desenvolva uma reflexão autónoma e adaptada às suas especificidades, em complemento do regime fixado por lei e por regulamento.

Como conteúdo mínimo, a política interna de seleção e avaliação da adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização deve estabelecer: a identificação dos responsáveis na instituição de crédito pela avaliação da adequação dos dirigentes; os procedimentos de avaliação adotados; os requisitos de adequação exigidos; as exigências de diversidade impostas; as regras sobre prevenção, comunicação e sanção de conflitos de interesses; e os meios de formação profissional disponibilizados.

Na preparação da política de seleção e avaliação devem ser cumpridos os três requisitos gerais das políticas organizativas: adequação e eficácia em relação aos objetivos visados; adequação à dimensão e natureza da instituição e das atividades por si prestadas; e a transversalidade, na cobertura de todas as áreas de atuação das instituições de crédito.

Embora centrada nos membros dos órgãos sociais, esta política deve igualmente aplicar-se à seleção e à adequação de titulares de funções essenciais, o que abrange nomeadamente os responsáveis pelas funções do sistema de controlo interno.

A política interna de seleção e de avaliação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização atinge diversos objetivos. De um lado, é instrumental ao cumprimento das novas prescrições sobre adequação dos titulares dos órgãos sociais e titulares de funções essenciais. Além disso, destina-se a enquadrar e a desenvolver o regime interno de cada instituição de crédito quanto ao conflito de interesses. Por fim, serve para promover a diversidade de qualificações e competências necessárias para o exercício das funções de administração, fixando objetivos para a representação de homens e mulheres e concebendo uma política destinada a aumentar o número de pessoas do género sub-representado.

Apesar de se encontrar em parte dependente de regulamentação a emitir pelo Banco de Portugal, a política interna de seleção e avaliação da adequação dos titulares de funções essenciais deve ser aprovada pela primeira assembleia geral a realizar após 24 de novembro de 2014, sendo aplicável a partir da data da sua aprovação.



“(…)Na preparação da política de seleção e avaliação devem ser cumpridos os três requisitos gerais das políticas organizativas: adequação e eficácia em relação aos objetivos visados; adequação à dimensão e natureza da instituição e das atividades por si prestadas; e a transversalidade, na cobertura de todas as áreas de atuação das instituições de crédito.(…)”

REGIME FISCAL DOS RESIDENTES NÃO HABITUAIS: UM REGIME AMPLO, CONCORRENCIAL E COM ALGUMAS NOVIDADES RECENTES

Na senda daquilo que sucede noutros ordenamentos jurídicos, como o do Reino Unido, França, Holanda ou Espanha, foi constituído, em Portugal, um regime de tributação em IRS para os residentes não habituais muito competitivo.

Quanto à sua determinação subjetiva é residente não habitual aquele sujeito que seja considerado residente em Portugal e não o tenha sido nos cinco anos anteriores. Cumpridos estes requisitos, o sujeito passivo tem direito ao regime durante 10 anos.

Neste plano, na recente reforma do IRS, foi determinada a admissibilidade do regime da residência parcial que não exige a consideração da qualidade de residente desde o primeiro dia do ano, ou seja, que admite o direito a começar a ser tributado como residente não habitual em qualquer momento, registando assim uma maior flexibilidade.

Já na vertente objetiva, está previsto para estes residentes não habituais que exista uma tributação por retenção na fonte a 20% - quando não exista opção pelo englobamento – para os rendimentos de trabalhadores por conta de outrem e profissionais independentes obtidos em território português que sejam devidos por atividades de elevado valor acrescentado.

Quanto aos rendimentos de fonte estrangeira aplica-se o regime da isenção. No caso de rendimentos do trabalho dependente exige-se que os rendimentos sejam tributados no outro Estado contratante, em conformidade com convenção para eliminar a dupla tributação; ou não existindo convenção, sejam tributados no outro Estado e não sejam de considerar como obtidos em território português. No caso de rendimentos de pensões, a isenção aplica-se desde que os rendimentos sejam tributados noutro Estado de acordo com convenção para eliminar a dupla tributação, ou não sejam de considerar como rendimentos obtidos em território português.

Se forem rendimentos de trabalho independente com elevado valor acrescentado, de propriedade intelectual ou industrial, de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico, bem como rendimentos de capitais, rendimentos prediais ou incrementos patrimoniais (como as mais valias) a isenção aplica-se quando possam ser tributados no outro Estado, à luz da convenção para eliminar a dupla tributação; ou o possam ser em conformidade com o modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património da OCDE, desde que não constem de lista relativa a regimes de tributação claramente mais favoráveis, desde que os rendimentos não sejam de considerar obtidos em território português.

Em resumo, Portugal tem um regime apelativo, mas cheio de especificidades que necessitam de ser conhecidas.

“(...)O Regime fiscal dos residentes não habituais é um regime amplo, com novidades recentes, que traz competitividade ao sistema tributário português(....)”

O NOVO REGULAMENTO GERAL DA UNIÃO EUROPEIA RELATIVO À PROTEÇÃO DE DADOS

Em 2012, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de reforma do quadro legal europeu em matéria de proteção de dados, onde se inclui a proposta de um regulamento¹ geral, que, três anos volvidos está ainda em discussão, prevendo-se que seja aprovado no final deste ano.

O Regulamento uniformizará o quadro legal nos 28 Estados-membros, o que, a par do princípio *one-stop-shop*² – segundo o qual uma empresa apenas tem de lidar com a autoridade de supervisão do país do estabelecimento principal –, e da eliminação das notificações na sua configuração atual, levará a uma redução de custos. Além do mais, será aplicável a todas as empresas que operem nos Estados-Membros, quer aí tenham sede ou não, sendo um importante fator competitivo.

Por outro lado, há uma acrescida responsabilização dos responsáveis pelo tratamento, que torna aconselhável a realização de auditorias, já que devem estar sempre aptos a demonstrar a adoção das medidas técnicas e organizacionais necessárias.

As empresas – que tratem dados de 5.000 ou mais titulares num período consecutivo de doze meses, tratem categorias especiais de dados ou cuja atividade implique um acompanhamento regular dos titulares dos dados – devem designar um delegado de proteção de dados, responsável por assegurar o cumprimento do quadro legal que, de acordo com os conceitos de «*privacy by design*» e «*privacy by default*», deve ser pensado logo aquando da escolha dos meios para proceder ao tratamento, garantindo por defeito, o cumprimento da legislação em vigor.

Além do mais, os sistemas dos responsáveis pelo tratamento devem assinalar falhas de segurança, que devem ser notificadas à autoridade competente e aos visados.

Contrariamente ao quadro atual, o regulamento é sensível às diferenças entre responsáveis pelo tratamento, tendo em atenção características como a sua atividade e dimensão.

Os pontos assinalados, a par das novas regras quanto à obtenção de consentimento para o tratamento de dados junto do titular, ao direito ao esquecimento e à portabilidade dos dados, entre outros, leva a que muitos dos responsáveis pelo tratamento tenham de reconfigurar os seus sistemas e procedimentos, ainda mais porquanto as autoridades de supervisão terão mais competências, podendo, por exemplo, aplicar sanções administrativas até 5% do volume de negócios mundial anual de uma empresa, ou até € 100 000 000 consoante o mais elevado.

As regras elencadas são apenas algumas das constantes da proposta de regulamento, ainda que com variações entre as propostas da Comissão, do Parlamento e agora, do Conselho, apresentada no passado dia 19 de dezembro e ainda não aprovada, e devem ser desde já tidas em conta pelos responsáveis pelo tratamento de dados, dando início à adaptação dos seus sistemas e procedimentos à nova realidade.

¹ Faremos apenas referência à proposta de regulamento. Todavia, o quadro jurídico proposto inclui ainda a «*diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados*».

² Contudo, um particular ou uma associação para defesa do interesse público podem apresentar queixas numa autoridade de supervisão distinta da do estabelecimento principal.

“(...)O Regulamento uniformizará o quadro legal nos 28 Estados-membros, o que, a par do princípio one-stop-shop (...) e da eliminação das notificações na sua configuração atual, levará a uma redução de custos para as empresas. (...) Por outro lado, há uma acrescida responsabilização dos responsáveis pelo tratamento, que torna aconselhável a realização de auditorias. (...)”

CÓPIA PRIVADA: OS UTILIZADORES, OS AUTORES E O GOVERNO

Conforme permitido pela Diretiva da Sociedade da Informação, e para facilitar o acesso à informação, à cultura e ao conhecimento, a lei portuguesa de direito de autor permite a cópia privada, ou seja, atos de reprodução realizados para fins particulares e não comerciais.

A mesma lei foi longe demais, todavia, no que toca à defesa dos interesses dos membros do público, em detrimento da protecção dos direitos dos criadores intelectuais, ao não exigir que tais atos de cópia privada sejam feitos a partir de fontes lícitas.

Com efeito, a lei não faz distinção alguma entre cópias privadas feitas a partir de fontes lícitas e cópias privadas feitas a partir de fontes piratas - ao contrário do código de direito de autor italiano, por exemplo, que diferencia esses dois tipos de cópia - o que legitima, nomeadamente, os *downloads* executados em plataformas P2P.

Na verdade, esta característica da lei portuguesa de direito de autor incentiva a circulação de obras pirateadas, levando, inevitavelmente, à redução do volume de vendas ou de transações legais relativas às obras protegidas e tendo um efeito adverso sobre a exploração económica normal das obras.

Mais, segundo um recente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Processo C-435/12 ACI Adam BV e outros contra *Stichting de ThuisKopie*, *Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*) este tipo de regime da cópia privada não pode ser considerada conforme ao Direito da União Europeia.

É óbvio, portanto, que a lei de direito de autor portuguesa tem de assegurar a correta aplicação da exceção de cópia privada e, portanto, restringir atos ilegais.

Em vez disso, porém, tem sido posto grande ênfase no regime de compensação da cópia privada. O regime de compensação é, obviamente, fundamental - algo que o governo britânico parece ter esquecido na sua recente alteração da legislação de direito de autor - mas não é tudo.

O Governo tenciona, e bem, estabelecer um alinhamento do regime de compensação com a evolução tecnológica, sem o qual o regime da cópia privada carece de sentido prático e impacto efetivo.

Mas o sistema de compensação deve garantir que um justo equilíbrio é mantido entre os direitos e interesses dos autores (como destinatários que são da compensação) e os dos utilizadores de material protegido, e um sistema de cópia privada que não distingue a natureza lícita ou ilícita da fonte a partir da qual uma reprodução privada tenha sido feita pode não respeitar esse justo equilíbrio.

Parece, pois, que ainda há muito a ser feito para garantir a conformidade com os requisitos europeus, sob pena de o próprio Estado se constituir em responsabilidade civil pela violação do Direito da União Europeia.



“(...)O Governo tenciona, e bem, estabelecer um alinhamento do regime de compensação com a evolução tecnológica, sem o qual o regime da cópia privada carece de sentido prático e impacto efetivo.(...)”

ACÓRDÃO DO STJ N.º 9/2014 - FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA OS DESCONTOS EM RAPPEL COMO DESCONTOS DE QUANTIDADE

O instituto da proibição de venda com prejuízo, hoje constante do Decreto-Lei n.º 166/2013 “desadequação à defesa dos interesses a que normalmente anda associado”. Estas palavras são do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 9/2014, subscrito por unanimidade em 14.5.2014.

A questão centra-se nos denominados “descontos comerciais permanentes” estabelecidos nas relações contratuais entre os fornecedores e a chamada grande distribuição, em especial, no desconto em *rappel*

Deverá um *rappel* aplicado a partir da primeira unidade ser ou não considerado um desconto de quantidade relevante para efeitos do cálculo do preço de compra efetivo? E é ou não aceitável que este seja um preço de compra ficcionado, sem correspondência com a realidade?

Para o STJ os descontos devem reunir um conjunto significativo de pressupostos, entre os quais, um (i) requisito formal – “os descontos devem estar previstos na fatura, quer de forma imediata, quer indiretamente, através de remissão para o contrato de fornecimento ou para as tabelas de preços”; e um (ii) requisito temporal – “é necessário que os descontos sejam suscetíveis de determinação no momento de emissão da fatura”. Com efeito, para o STJ, a «Desde que os descontos tenham por fonte o contrato de fornecimento celebrado entre as partes (que é afinal, a raiz de cada uma das transações concretas que o executam) e que seja economicamente exequível a fórmula encontrada para os repercutir no preço do produto, nenhum obstáculo se vislumbra à sua dedução, pois correspondem, na realidade a economias conseguidas para o revendedor».

O STJ considerou ainda a natureza complexa das relações obrigacionais entre as partes. Para este Tribunal, «as relações comerciais entre fornecedor (produtor ou grossista ou importador) e revendedor não se esgotam – e nem sequer se caracterizam hoje – por celebrações independentes e autónomas de negócios de compra e venda», antes têm por base «uma relação negocial tendencialmente duradoura», sob a forma de um contrato de fornecimento. Todos os descontos concedidos no âmbito de uma relação comercial determinam um verdadeiro mecanismo de conta-corrente que servem uma estratégia comercial do fornecedor, enquanto concedem uma vantagem financeira para o revendedor. Tudo isto faz parte da coerência inerente à cooperação comercial. A jurisprudência fixada pelo STJ neste acórdão de uniformização é assim de aplaudir. Além de ser a melhor solução no plano jurídico, reduz significativamente as incertezas decorrentes do brutal aumento da moldura contraordenacional previsto no novo regime das práticas restritivas do comércio. No entanto, impõe-se que as empresas continuem a monitorizar com a maior atenção este novo regime legal.



“(…)Desde que os descontos tenham por fonte o contrato de fornecimento celebrado entre as partes (que é afinal, a raiz de cada uma das transações concretas que o executam) e que seja economicamente exequível a fórmula encontrada para os repercutir no preço do produto, nenhum obstáculo se vislumbra à sua dedução, pois correspondem, na realidade a economias conseguidas para o revendedor(....)”

A PROIBIÇÃO DE CONCORRÊNCIA POR PARTE DOS ADMINISTRADORES

Segundo dispõe o artigo 398.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais (CSC), os administradores não podem, na falta de autorização da assembleia geral, exercer por conta própria ou alheia atividade concorrente da sociedade, nem exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta.


O artigo 398.º, n.º 5, por seu turno, determina a aplicação do regime dos n.ºs 2, 5 e 6 do artigo 254.º (todos do mesmo código), sendo que, nos termos dos n.ºs 5 e 6 deste preceito legal, a violação deste dever de abstenção de atividade concorrente constitui justa causa de destituição e obriga o infrator a indemnizar a sociedade pelos prejuízos que esta sofra.

A proibição de atividade concorrente por parte dos administradores das sociedades anónimas parece remontar, no Direito português, ao artigo 173.º, do Código Comercial de 1888 e funda-se em razões que podem considerar-se evidentes ou intuitivas, sendo facilmente reconduzida ao dever de lealdade dos administradores, hoje explicitamente consagrado no artigo 64.º, n.º 1, alínea b, do CSC. No entanto, a exata conformação da disciplina jurídica que se desprende do artigo 398.º, n.º 3 – e do artigo 254.º, na parte em que para este se remete –, tem suscitado algumas hesitações ou incertezas.

Assim, pode perguntar-se, desde logo, como se define uma atividade concorrente com a da sociedade, não dissipando o artigo 254.º, n.º 2, todas as dúvidas. Na verdade, e numa primeira leitura dessa disposição legal, dir-se-ia que apenas haverá *concorrência* com atividades que (i) integrem o objeto social e (ii) sejam efetivamente prosseguidas ou a respeito das quais haja deliberação dos sócios quanto a essa prossecução.

Sobre esta matéria, porém, pronunciou-se recentemente o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 30.09.2014, decidindo que *“a atuação concorrencial exercida pelo gerente e que afeta a sociedade protegida pode ser exercida por uma sociedade em que o gerente seja único sócio de uma outra sociedade”* e que, para haver violação da proibição legal de concorrência, *“não se exige que a atividade concorrente (...) deva ser coincidente com a exercida pela «sociedade protegida», previamente exercente dessa atividade: basta que essa atividade seja similar à da sociedade protegida e possa com ela, mormente, pela sua atuação e situação geográfica, concorrer de modo a causar «desvio de clientela»”*.

Depara-se-nos, portanto, um alargamento da proibição de concorrência por parte de gerentes e administradores de sociedades comerciais, operado por via jurisprudencial e dando concretização aos deveres de lealdade que subjazem a essa proibição. Alargamento este que importa, pois, ter doravante em conta, considerando as graves consequências associadas à violação da proibição de concorrência, acima referidas.



“(...)Depara-se-nos, portanto, um alargamento da proibição de concorrência por parte de gerentes e administradores de sociedades comerciais, operado por via jurisprudencial.(....)”



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Rua Garrett, 64
1200-204 Lisboa | Portugal
Tel.: (+351) 210 933 000
Fax: (+351) 210 933 001/2
Email: geral@servulo.com
Site: www.servulo.com