

Lei das Práticas Restritivas do Comércio: Comentário

Miguel Gorjão-Henriques

2014

Com a Colaboração do Prof. Doutor José Lobo Moutinho

I. Prefácio

A 25 de Fevereiro de 2014 entrou em vigor o Decreto-Lei nº 166/2013, que regula as práticas restritivas do comércio e visa assegurar “a transparência” e “o equilíbrio” das relações comerciais e negociais.

Importa ser claro: o novo diploma não tem por objectivo a concorrência. Não prossegue qualquer dos objectivos próprios de uma política de concorrência no contexto do mercado aberto, livre e interno em que Portugal se encontra. Quem tenha dúvidas, leia as palavras do prof. António Ferreira Gomes na recente conferência organizada pela Centromarca.

O Decreto-Lei nº 166/2013 *regula* o comércio mas, creio, não usa meios adequados e proporcionais para atingir objectivos que são legítimos e louváveis. Além dos inúmeros problemas técnico-jurídicos que levanta e que vão limitar os seus efeitos (aplanáveis por uma consulta pública e uma maior qualidade legística), o diploma é um exemplo de uma concepção ideológica de regulação, vista por aqueles que, num esgar (pós-) marxista, trasladam todas as esperanças para o Estado regulador e “forte”: o mesmo que tem cada vez menos meios e pessoal. E dizendo reconhecer “o direito fundamental à iniciativa económica privada”, o legislador, num diploma todo ele dirigido a limitar a liberdade económica e contratual, usa a mesma cartilha – é dos livros – e diz o seu contrário para produzir o efeito de *épater le bourgeois*.

Todo o seu *ser* se dirige ao equilíbrio nas relações comerciais. E é verdade que nem tudo vai bem ao nível das práticas negociais do comércio entre empresas que se encontram numa relação *vertical*, onde há proble-

mas reais e preocupações legítimas e dignas de atenção. Mas responde *este* diploma a esses problemas reais?

Se o Direito visa resolver problemas, aqui são mais os que são colocados ou ignorados (v.g. *poder de compra* vs. *poder de venda*). Mas mesmo tendo apenas em vista o sector agroalimentar, o que acontecerá se:

- a) Os contratos de fornecimento em vigor não forem “revistos e compatibilizados” num ano?
- b) Com a crise, a redução da protecção social e o desemprego, não restar à distribuição, para garantir preços mais baixos ao consumidor, outra alternativa que não seja adquirir produtos a empresas não estabelecidas em território nacional ou produtos que venham de países terceiros à União Europeia? (o diploma não se aplica a esses produtos nem empresas, pelo que o objectivo de proteger o sector agroalimentar pode assumir-se perversamente como uma medida destinada a apoiar o esforço exportador do sector agroalimentar dos países fora da UE...).
- c) Os produtores tiverem de colocar os seus produtos em cada loja, agora que não é possível cobrar por esses ou outros serviços que lhes são prestados no interesse de ambas as partes?
- d) Como é esperável, os custos de transacção aumentarem. Pense-se no regime da factura ou no regime especial de responsabilidade contratual (o comprador tem de demonstrar que a culpa é do fornecedor): haverá uma corrida a seguros e outros mecanismos, com os custos inerentes?

Urge perguntar: assegura este diploma o *level playing field*? Não.

E quanto aos consumidores? Seria de esperar que, no contexto actual, se procurassem soluções que não afectassem o poder de compra dos consumidores. Mas o agravamento da ficção jurídica usada para definir o preço de compra efectivo e proibir a venda com prejuízo fornece um incentivo normativo a efeitos coordenados quanto aos preços, impede a passagem dos benefícios para os consumidores e, quando muito, liberta fundos para o investimento produtivo (*ironia*).

Finalmente, números: de 2007 a 2012 a ASAE enviou para a AdC menos c. 33% de processos (fonte: AdC, 2013). E, de 2007 a 2012, a AdC aplicou um total de € 1,9 milhões em coimas por práticas restritivas do comércio. Mas, no novo diploma a coima que pode ser aplicada por uma

única infracção é de 2, 5 milhões de euros! Atente-se: o valor das coimas aumenta 16666,66% (entre a lei anterior e a lei nova).

Se é imperioso que o PIB, a procura privada e a confiança cresçam, permite este quadro normativo acreditar que a “capacidade empresarial para a captação e satisfação dos clientes da distribuição” vai encontrar uma via para favorecer os consumidores e, ao mesmo tempo, os fornecedores e produtores?

Tudo isto mostra que o presente diploma levanta justas dúvidas e inquietações interpretativas aos práticos e teóricos do Direito que sobre este diploma se vão debruçar.

É neste contacto que surge o presente *Comentário*, que tem na sua origem um conjunto significativo de pareceres que, desde 2012, foram sendo produzidos pelo Autor na sua prática jurídica como advogado da Sérvulo & Associados, em conjunto, de modo especial, com o prof. Doutor José Lobo Moutinho e com a colaboração de muitos outros Colegas, com destaque especial para o professor Evaristo Ferreira Mendes (cujo contributo para a anotação do artigo 17º foi essencial), mas incorporando também uma tão extensa quanto possível reflexão académica do Autor e, espera-se, com um sentido prático-jurídico que possa torná-la uma ferramenta útil e clarificadora, tanto quanto o diploma o permite.

É de salientar que, além do contributo essencial dado em relação à componente parecerística que esteve na base do presente livro (de todo o livro), o prof. José Lobo Moutinho é o autor material das anotações aos artigos 9º e 10º, pois a opção foi a de fazer um aproveitamento integral de um texto para o qual o Autor humildemente confessa não ter dado contributo muito relevante. Um agradecimento é, por isso, devido ao prof. José Lobo Moutinho e à sua Equipa, com realce para o David Silva Ramalho. Do mesmo modo, há que reconhecer e agradecer o trabalho de todos os que, na Equipa do meu Departamento, desde 2012, colaboraram activamente na elaboração dos pareceres e da presente anotação, muito em especial, nos últimos meses, o Luís Bordalo e Sá, que se não é co-autor é cúmplice qualificado deste livro, e a Inês Avelar Santos. A equipa integrava, na altura, o agora novel prof. Miguel Sousa Ferro, a quem não resta agradecer.

Importa dizer que o presente livro, conquanto não reproduza integralmente qualquer dos trabalhos jurídicos realizados entre 2012 e 2014 e assinados pelo Autor, sozinho ou com o prof. José Lobo Moutinho, foi

pedida autorização aos Clientes para a utilização dos materiais produzidos. Lamenta-se apenas que tenha já existido uma publicação sobre a matéria em que, apesar do mérito intelectual do seu Autor ao abordar inovadoramente o que o Decreto-Lei nº 166/2013 surpreendentemente introduziu, não houve o mesmo cuidado quanto à utilização do trabalho alheio e aos direitos inerentes à produção intelectual. De realçar é, finalmente, a possibilidade de, atrasando um pouco a edição do livro, ter podido beneficiar do notável acórdão de uniformização de jurisprudência proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no passado dia 14 de Maio deste mesmo ano de 2014, cuja primeira notícia nos foi dada numa conferência organizada pela ICC – Portugal, em concreto pela Comissão de Concorrência, a que presido, no passado dia 4 de Junho de 2014, pelo Dr. Joaquim Vieira Peres.

Pretende-se que esta anotação tenha um cariz essencialmente prático, o que muitas vezes se tornará difícil, dada a dificuldade em discernir hermenêuticamente o sentido adequado, razoável e conforme à unidade do sistema jurídico subjacente a algumas ou mesmo muitas disposições do Decreto-Lei nº 166/2013.

A anotação é precedida do diploma anotado (Decreto-Lei nº 166/2013) e da Lei nº 31/2013, que concedeu autorização legislativa ao Governo para a modelação das coimas a aplicar.

Resta deixar um voto: o de que a presente Obra possa ser um primeiro contributo, ainda que frágil, para uma melhor compreensão destas matérias e uma correcta aplicação dos normativos em causa, em prol do funcionamento eficiente da nossa economia e do nosso comércio.

Lisboa, aos 6 de Junho de 2014, homenagem aos 70 anos do dia “D”, que marcou a viragem na 2ª Guerra Mundial

ÍNDICE GERAL

I. PREFÁCIO	5
II. DECRETO-LEI Nº 166/2013, DE 27 DE DEZEMBRO	9
III. LEI Nº 31/2013, DE 10 DE MAIO	23
IV. COMENTÁRIO	25
Preâmbulo (Miguel Gorjão-Henriques)	27
Artigos 1º a 8º (Miguel Gorjão-Henriques) ³⁷¹	
Artigo 1º	81
Artigo 2º	82
Artigo 3º	112
Artigo 4º	120
Artigo 5º	127
Artigo 6º	177
Artigo 7º	193
Artigo 8º	214
Artigos 9º e 10º (José Lobo Moutinho) ³⁷²	
Artigo 9º	222
Artigo 10º	232

³⁷¹ Com a colaboração de Luís Bordalo e Sá.

³⁷² Com a colaboração de David Silva Ramalho.

ÍNDICE GERAL

Artigos 11º a 21º (Miguel Gorjão-Henriques)³⁷³

Artigo 11º	273
Artigo 12º	277
Artigo 13º	278
Artigo 14º	284
Artigo 15º	285
Artigo 16º	286
Artigo 17º	290
Artigo 18º	309
Artigo 19º	311
Artigo 20º	313
Artigo 21º	315
V. ÍNDICE	317

³⁷³ Com a colaboração de Luís Bordalo e Sá.