



## EUROPEU E CONCORRÊNCIA

## NESTA EDIÇÃO

### ARTIGOS

Acórdão do STJ: a “reabilitação” do desconto de <i>rappel</i> no âmbito da venda com prejuízo	02
Estatuto Orgânico da Autoridade Reguladora da Concorrência de Moçambique	04
Tribunal de Justiça confirma a decisão da Comissão Europeia sobre as comissões interbancárias multilaterais da MasterCard	05
Acórdão “Groupement des Cartes Bancaires”: Tribunal de Justiça reduz âmbito dos ilícitos anticoncorrenciais por objeto	07
Autoridade da Concorrência tem novos estatutos	08

### CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

A nova lei anticorrupção no Brasil	10
------------------------------------	----



# Acórdão do STJ: a “reabilitação” do desconto de *rappel* no âmbito da venda com prejuízo

Joaquim Vieira Peres / Inês Gouveia  
vieira.peres@mlgts.pt / igouveia@mlgts.pt

O STJ ENTENDEU QUE UM DESCONTO DE TIPO “*RAPPEL*”, ESCALONADO, CUJO PRIMEIRO ESCALÃO SE INICIA NA UNIDADE, É UM DESCONTO DE QUANTIDADE E RELEVA NA DETERMINAÇÃO DO PREÇO DE COMPRA EFETIVO, DESDE QUE ESTEJAM SATISFEITAS AS RESTANTES EXIGÊNCIAS LEGAIS

## Introdução

Por acórdão do passado dia 14 de maio, o pleno das secções de Criminais do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”) decidiu, por unanimidade, em sede de recurso para uniformização de jurisprudência, que um revendedor tem o direito de deduzir ao preço de compra efetivo de um determinado bem o valor que lhe tenha sido pago ou creditado pelo fornecedor a título de “*rappel*” (para efeitos de verificação de posterior revenda “com prejuízo”).

Este acórdão surge após o Tribunal da Relação de Évora (“TRE”) ter proferido, em 2013, no espaço de menos de um mês, duas decisões contraditórias acerca da admissibilidade, para aquele efeito, de um desconto de *rappel* cujo primeiro escalão se iniciava em uma unidade.

## As teses em confronto e o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência

A oposição entre os acórdãos radicava, exclusivamente, na qualificação (ou desqualificação) do *rappel* como “*desconto directamente relacionado com a transacção*” (condição essencial para a sua relevância, na redação do DL 370/93, aplicável ao caso).

O acórdão que aceitou essa qualificação, fê-lo por entender que (i) o *rappel* tem sempre por objetivo incentivar o crescimento das vendas, pressupondo por isso a referência a quantidades fornecidas, (ii) o estabelecimento de escalões é a forma normal de definir quais os descontos para as quantidades definidas, à luz do aludido incentivo e (iii) a previsão de escalões é um elemento diferenciador do

*rappel*, não sendo a sua natureza originária de desconto de quantidade desvirtuada pelo facto de o primeiro escalão se iniciar na unidade.

Já o acórdão oposto sustentou a desconsideração do *rappel* porquanto (i) um tal desconto abrangeria sempre quantidades previamente adquiridas pelo comprador noutras compras e vendas (e não apenas naquela que se analisa no caso concreto), (ii) um desconto cujo primeiro escalão se inicia em “1” unidade não seria um desconto económico, directamente relacionado com a transacção e objetivamente justificado em função daquela transacção e (iii) os descontos fixos e incondicionais, aplicáveis sempre a um determinado agente económico em função do seu historial de aquisições, não seriam aceitáveis para os efeitos de cálculo do preço de custo efetivo.

O STJ rejeitou em termos inequívocos este segundo entendimento, fundamentando a sua decisão em duas grandes ideias estruturantes.

A primeira é a de que a relação que se estabelece nos dias de hoje entre um fornecedor e um distribuidor é uma relação global, de carácter permanente e não esporádico, não se reconduzindo a uma mera sucessão de compras e vendas pontuais, independentes e autónomas entre si; por conseguinte, a análise das contrapartidas negociadas entre fornecedor e distribuidor tem de ser feita à luz desta relação global, tendencialmente duradoura.

A segunda é a de que a relação de fornecimento não visa somente a satisfação do interesse do comprador em garantir a segurança e

regularidade do seu abastecimento mas, igualmente, o interesse do fornecedor em assegurar o escoamento dos seus produtos, incentivando a respetiva aquisição, pelo distribuidor.

A esta luz, o STJ entendeu que um desconto de tipo “*rappel*”, escalonado, cujo primeiro escalão se inicia na unidade, é um desconto de quantidade e releva na determinação do preço de compra efetivo, desde que estejam satisfeitas as restantes exigências legais: (i) identificação do mesmo na fatura ou, por remissão desta, em contratos de fornecimento ou tabelas de preços e (ii) que o mesmo seja suscetível de determinação no momento da emissão da fatura.

### Comentário

O acórdão veio estabelecer uma linha clara, precisa e inequívoca sobre o que é e não é legal em sede de apuramento do preço de compra efetivo, afastando-se de uma leitura excessivamente formalista da proibição e permitindo, dentro do quadro legal existente, uma aplicação muito mais próxima da realidade económica.

A decisão é ainda bem-vinda pelo seu *timing* já que decorreram escassos meses após a entrada em vigor de um novo regime das práticas individuais restritivas do comércio (em que a venda com prejuízo é, em termos práticos, a “figura” central), o qual aumentou exponencialmente o valor das coimas aplicáveis sem, contudo, eliminar inúmeras dúvidas quanto à interpretação dos principais conceitos (consequência de uma redação anterior muito pouco feliz e de

uma interpretação e aplicação extremamente contestadas e voláteis), gerando enorme insegurança nos operadores económicos visados.

Embora o acórdão tenha sido dirigido à versão anterior da legislação, hoje substituída pelo artigo 5.º do DL 166/2013, a posição do STJ é seguramente aplicável à nova grafia da norma em causa, que alude a “*descontos directa e exclusivamente relacionados com a transacção dos produtos em causa*”. O próprio STJ se encarregou de indiciar isso mesmo ao salientar, no acórdão, que o propósito do legislador em 2013 foi, confessadamente, segundo o preâmbulo do DL 166/2013, apenas o de clarificar a noção de preço de compra efetivo, “*tendo em consideração, entre outros, os descontos diferidos no tempo*” (de que o *rappel* dito condicional é o exemplo mais evidente).

É igualmente relevante salientar que a própria Autoridade da Segurança Alimentar e Económica (“ASAE”) – que cumula, atualmente, competências fiscalizadoras, investigatórias e decisórias no que respeita às contraordenações previstas no DL 166/2013 – veio aderir de forma evidente às teses sufragadas na decisão judicial ao efetuar, prontamente, uma atualização das suas FAQ’s sobre a matéria (as quais visam servir de orientação para os operadores económicos quanto entendimento da ASAE sobre a referida legislação), alinhando-as pelo sentido definido pelo referido acórdão, nomeadamente, quanto ao conceito de desconto direta e exclusivamente relacionados com transacção dos produtos em causa e quanto às condições de admissibilidade do *rappel*, na formação do preço de compra efetivo. ■

---

O ACÓRDÃO VEIO ESTABELECEER UMA LINHA CLARA, PRECISA E INEQUÍVOCA SOBRE O QUE É E NÃO É LEGAL EM SEDE DE APURAMENTO DO PREÇO DE COMPRA EFETIVO, AFASTANDO-SE DE UMA LEITURA EXCESSIVAMENTE FORMALISTA DA PROIBIÇÃO E PERMITINDO, DENTRO DO QUADRO LEGAL EXISTENTE, UMA APLICAÇÃO MUITO MAIS PRÓXIMA DA REALIDADE ECONÓMICA



# Estatuto Orgânico da Autoridade Reguladora da Concorrência de Moçambique

Fabília de Almeida Henriques<sup>1</sup> /  
Pedro de Gouveia e Melo  
fahenriques@mlc.co.mz / pgmelo@mlgts.pt

É ACONSELHÁVEL QUE AS EMPRESAS COM PRESENÇA EM MOÇAMBIQUE PONDEREM DEVIDAMENTE O IMPACTO DA LEI DA CONCORRÊNCIA, TANTO NAS SUAS DECISÕES ESTRATÉGICAS COMO NA SUA CONDUTA QUOTIDIANA NO MERCADO, COM VISTA A AFASTAR O RISCO DE QUALQUER INCOMPATIBILIDADE COM O NOVO REGIME DE CONCORRÊNCIA MOÇAMBICANO

Foi dado recentemente mais um passo para a implementação do direito da concorrência em Moçambique, com a publicação no passado dia 1 de Agosto do Estatuto Orgânico da Autoridade Reguladora da Concorrência (ARC)<sup>2</sup>. Uma vez instalada, a ARC será responsável pela aplicação da nova Lei da Concorrência de Moçambique, que foi aprovada em 2013<sup>3</sup> mas que ainda aguarda regulamentação em diversas matérias.

A ARC será uma entidade independente e isenta no desempenho das suas atribuições, com autonomia administrativa, patrimonial, financeira e técnica. Tal como já decorria da Lei da Concorrência, o Estatuto Orgânico confere à ARC amplos poderes de regulamentação, supervisão, e sancionatórios, à semelhança das competências da Autoridade da Concorrência portuguesa (cujos estatutos inspiraram o legislador moçambicano) e das autoridades nacionais de concorrência na generalidade dos países europeus.

Em particular, caberá à ARC investigar e decidir processos sancionatórios em matéria de práticas restritivas da concorrência (como acordos do tipo cartel ou abusos de posição dominante), bem como aprovar ou proibir as operações de concentração de empresas que sejam sujeitas a notificação prévia em Moçambique. O Estatuto Orgânico prevê que as decisões da ARC são susceptíveis de recurso judicial, para o Tribunal Judicial da Cidade de Maputo em processos que impliquem a aplicação de multas ou outras sanções, e para o Tribunal Administrativo nos processos relativos ao controlo de concentrações e a pedidos de isenção relativamente a acordos restritivos da concorrência. O Estatuto Orgânico

estabelece igualmente o dever de colaboração por parte das empresas e outras entidades destinatárias da actividade da ARC para assegurar o adequado desempenho das suas funções.

Foi ainda recentemente tornada pública uma proposta de regulamento da Lei da Concorrência<sup>4</sup>, que, entre outros, densifica o âmbito subjectivo e material das proibições constantes da Lei da Concorrência e define os critérios legais para a obrigação de notificação prévia à ARC de operações de concentração, tendo em conta as quotas de mercado e os volumes de negócio das partes. Em particular, de acordo com a proposta, serão obrigatórias as notificações para as empresas com quota de mercado igual ou superior a 20% e volume de negócios ou facturação anual acima de 100 milhões de meticais (aproximadamente EUR 2,5 milhões e USD 3,3 milhões).

Embora a aplicação das regras sobre controlo de concentrações dependa da aprovação do novo regulamento, com a instalação e entrada em funcionamento da nova ARC passarão a ser plenamente aplicáveis as disposições em matéria de práticas restritivas da concorrência, cuja violação sujeita as empresas infractoras a multas que podem atingir até 5% do volume de negócios do ano anterior, bem como outras consequências processuais negativas.

É pois aconselhável que as empresas com presença em Moçambique ponderem devidamente o impacto da Lei da Concorrência, tanto nas suas decisões estratégicas como na sua conduta quotidiana no mercado, com vista a afastar o risco de qualquer incompatibilidade com o novo regime de concorrência moçambicano. ■

<sup>1</sup> Sócia da Mozambique Legal Circle Advogados ("MLC"), membro da MLGTS Legal Circle. Artigo escrito em parceria com a MLC.

<sup>2</sup> Cfr. o Decreto n.º 37/2014, de 1 de Agosto. Cfr. artigo "A nova Lei da Concorrência de Moçambique" publicado na Newsletter de Junho de 2013.

<sup>3</sup> Lei n.º 10/2013, de 11 de Abril.

<sup>4</sup> Cfr. Proposta do Regulamento da Lei da Concorrência, do Ministério da Indústria e Comércio de Moçambique, de 11 de Junho de 2014.

# Tribunal de Justiça confirma a decisão da Comissão Europeia sobre as comissões interbancárias multilaterais da MasterCard

Eduardo Maia Cadete / Dzhamil Oda  
maiacadete@mlgts.pt / d.oda@mlgts.pt

A Comissão Europeia, por decisão de 19 de Dezembro de 2007, considerou que as comissões interbancárias multilaterais (*CIM*) praticadas pela MasterCard no contexto do seu sistema de pagamentos por cartão são contrárias às normas do direito da concorrência da UE. Em regra, as CIM correspondem a uma percentagem do preço de transação por cartão de pagamento retida pelo banco emissor do cartão em causa. O custo da CIM é cobrado aos comerciantes no contexto mais amplo das comissões que lhes são imputadas pela utilização dos cartões de pagamento pela instituição financeira que gere as suas transações (*ADQUIRENTE*).

No seguimento da queixa apresentada *inter alia* pela Eurocommerce, a Comissão determinou que as CIM tinham por efeito fixar um teto mínimo para as comissões cobradas aos comerciantes e, neste contexto, configuravam uma restrição da concorrência pelo preço. Adicionalmente, a Comissão desconsiderou o argumento segundo o qual as CIM tinham como efeito gerar eficiências suscetíveis de justificar os respetivos efeitos restritivos. Estas conclusões serviram de pano de fundo para a Comissão ordenar à MasterCard e às sociedades que a representam (MasterCard Inc. e as suas subsidiárias MasterCard Europe e MasterCard International Inc.) que cessassem de imediato tal prática e que as CIM fossem revogadas no prazo de 6 meses.

A MasterCard recorreu judicialmente da decisão da Comissão, tendo o Tribunal Geral da UE, por acórdão de 24 de Maio de 2012, negado provimento ao respetivo recurso e

confirmado a decisão da autoridade europeia. Deste modo, a MasterCard recorreu junto do Tribunal de Justiça da UE, pugnando pela anulação do acórdão do Tribunal Geral da UE.

Por acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Setembro de 2014, “MasterCard Inc. *et al* c. Comissão Europeia”, processo C-382/12 P<sup>1</sup>, foi negado provimento ao recurso da MasterCard, tendo o Tribunal de Justiça confirmado a decisão do tribunal *a quo*.

Neste âmbito o Tribunal de Justiça considerou que as CIM não eram objetivamente necessárias ao sistema MasterCard, tendo salientado que as consequências adversas para o funcionamento do sistema MasterCard associadas à eliminação das CIM não consubstanciam uma justificação suficiente para esse efeito. Na ponderação do Tribunal de Justiça foi, aparentemente, determinante o facto de o tribunal *a quo* ter considerado que o sistema MasterCard poderia continuar a funcionar sem as CIM.

Quanto à apreciação dos efeitos anticoncorrenciais das CIM, o Tribunal de Justiça teve em consideração o facto de o Tribunal Geral ter confirmado a análise hipotética da Comissão. Tal análise da Comissão aponta no sentido de que alguns dos problemas eventualmente criados pela eliminação das CIM poderiam ser resolvidos através da proibição de tarifas *ex post* (proibindo-se, deste modo, os bancos emissores e os adquirentes de definirem o montante das comissões interbancárias após a compra efetuada pelo um titular de cartão).

DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PROCESSO MASTERCARD, QUE SUPORTA A DECISÃO DA COMISSÃO EUROPEIA NO SENTIDO DE DIMINUIR A COBRANÇA DE CIMs PELO EMISSORES DE CARTÕES, APARENTEMENTE EM BENEFÍCIO DOS COMERCIANTES, PODEM ADVIR CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS NÃO NEGLIGENCIÁVEIS PARA OS CONSUMIDORES FINAIS, *INTER ALIA* ATRAVÉS DE UMA SUBSTANCIAL REDUÇÃO DOS BENEFÍCIOS ATUALMENTE CONCEDIDOS AOS TITULARES DE CARTÕES PELOS SISTEMAS DE PAGAMENTO COM CARTÃO

<sup>1</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jspx?text=&docid=157521&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=82755>. Comunicado de imprensa do Tribunal de Justiça disponível em <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-09/cp140122pt.pdf>.



A ÚNICA OUTRA OPÇÃO  
DISPONÍVEL E QUE PERMITIA  
O FUNCIONAMENTO  
DO SISTEMA MasterCard  
SEM A APLICAÇÃO DAS CIM  
ERA A HIPÓTESE EM QUE SE  
PROÍBE AS TARIFAÇÕES *EX POST*

Neste contexto, o Tribunal de Justiça, apesar de reconhecer que o Tribunal Geral tinha o dever de no âmbito da sua análise ter confirmado a probabilidade de ocorrência de tal hipótese, considerou que tal erro de direito não afeta a análise dos efeitos anticoncorrenciais das CIM, dado que o tribunal *a quo* podia suportar a sua decisão na hipótese avançada pela Comissão. Conclui, referindo que *in casu* a única outra opção disponível e que permitia o funcionamento do sistema MasterCard sem a aplicação das CIM era a hipótese em que se proíbe as tarifações *ex post*.

O Tribunal de Justiça desconsiderou, de igual modo, o argumento dos recorrentes segundo o qual o Tribunal Geral não examinou adequadamente os efeitos anticoncorrenciais das CIM. Com efeito, o Tribunal de Justiça salientou que a análise do tribunal *a quo* sobre se estas comissões limitam a pressão que os comerciantes podem exercer sobre os adquirentes quando negociam as taxas que lhes são cobradas foi suficientemente detalhada, tendo, deste modo, acompanhado a conclusão do Tribunal Geral no sentido de que as CIM tinham efeitos restritivos da concorrência.

De igual modo o Tribunal de Justiça reconheceu que o Tribunal Geral ponderou a natureza *two-sided* do sistema de pagamentos MasterCard. No entendimento do tribunal, tal conclusão resulta do facto de o Tribunal Geral ter analisado o papel das CIM na compensação

entre as vertentes “emissão” e “aquisição” do sistema em causa, reconhecendo, por sua vez, a existência de interações entre estas duas vertentes. Adicionalmente, o Tribunal de Justiça considerou que, na falta de provas da existência de vantagens objetivas sensíveis resultantes das CIM no mercado da aquisição para os comerciantes, o Tribunal Geral não tinha a necessidade de analisar as vantagens decorrentes das CIM para os titulares de cartões, visto que tais vantagens, ainda no entendimento do tribunal, não são, por si só, suscetíveis de compensar os inconvenientes resultantes destas comissões. Esta fundamentação, a nosso ver, é um grande revés para os consumidores, porquanto o Tribunal de Justiça, embora no contexto de um mercado *two-sided*, não tomou em devida consideração as vantagens que resultam das CIM para os consumidores, em particular para os titulares de cartões de pagamento.

Note-se ainda que na semana em que o Tribunal de Justiça confirmou a Decisão da Comissão Europeia no processo MasterCard referente às CIMs, o Tribunal Geral anulou, por acórdão de 9 de setembro de 2014, processo T-516/11<sup>2</sup>, a decisão da Comissão que impedia o acesso da MasterCard a um estudo elaborado por uma entidade terceira para a Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia sobre os custos e benefícios para os comerciantes associados à aceitação de diferentes meios de pagamento. ■

<sup>2</sup> Acórdão disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jspx?text=&docid=157442&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=84616>.

# Acórdão “Groupement des Cartes Bancaires”: Tribunal de Justiça reduz âmbito dos ilícitos anticoncorrenciais *por objeto*

Gonçalo Machado Borges / Miguel Cortes Martins  
gmb@mlgts.pt / mcmartins@mlgts.pt

O artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) proíbe os acordos ou práticas concertadas entre empresas que tenham por *objeto* ou *efeito* impedir, restringir ou falsear a concorrência. O objeto ou efeito anticoncorrenciais são requisitos alternativos, distinção que tem impacto na condução dos processos sancionatórios pela Comissão Europeia (e pelas autoridades nacionais de concorrência), nomeadamente no que respeita ao ónus da prova.

Nos casos em que exista um objeto anticoncorrencial, a autoridade da concorrência competente está dispensada de demonstrar que o acordo ou prática concertada tem efeitos restritivos da concorrência nos mercados afetados. Não existindo um objeto (i.e. objetivo) restritivo da concorrência, cabe àquela autoridade o ónus de fazer prova de que o acordo em causa tem um efeito negativo sensível sobre a concorrência. Nesta circunstância, a Comissão ou autoridade nacional vêem-se obrigadas a uma análise mais detalhada do acordo ou prática de modo a demonstrar os efeitos da sua implementação, tendo em conta o contexto económico em que se insere, os produtos e serviços envolvidos e a estrutura do(s) mercado(s) afetado(s).

Por conseguinte, a qualificação de uma prática anticoncorrencial como um ilícito *por objeto* facilita a tarefa das autoridades da concorrência em termos de prova o que se tem traduzido, nalguma da prática decisória mais recente, por um tendencial alargamento desta figura.

No entanto, num acórdão de 11 de setembro de 2014, no processo *Groupement des Cartes Bancaires*<sup>1</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) veio travar aquela tendência e confirmar que o conceito de ilícito anticoncorrencial por objeto deve ser interpretado restritivamente de modo a abranger apenas as práticas restritivas mais gravosas.

Em dezembro de 2002, o *Groupement des Cartes Bancaires*, associação que agrupa os principais bancos franceses e faz a gestão do sistema de pagamentos com cartões bancários, notificou à Comissão a introdução de um conjunto de medidas incluindo: (i) um mecanismo de “regulação da função de aquisição” segundo o qual os membros predominante ou exclusivamente emissores de cartões pagariam uma contribuição superior do que os membros que também tivessem atividades de aquisição; (ii) um aumento dos direitos de adesão cobrados a novos membros; (iii) uma taxa de “reativação de membros passivos” que visaria incentivar a aquisição de cartões.

A Comissão considerou que este conjunto de medidas constituía uma decisão de associação de empresas com um *objeto* restritivo da concorrência e que visava limitar a concorrência entre os bancos associados e travar a concorrência de novos operadores (como a grande distribuição, os bancos *on-line* e os bancos estrangeiros), conclusão que foi validada pelo Tribunal Geral (“TG”).

Mas o TJUE opôs-se ao que considerou ser uma aplicação excessivamente generosa da figura da

prática restritiva *por objeto*, tendo julgado que este conceito deve ser interpretado *restritivamente* de modo a abranger apenas os tipos de conduta empresarial que sejam, pela sua própria natureza, suficientemente nocivos para a concorrência (tal como a fixação horizontal de preços por um cartel).

Segundo o TJUE, “...sob pena de dispensar a Comissão do dever de provar os efeitos concretos no mercado de acordos em que não está demonstrado que sejam pela sua natureza nocivos ao funcionamento normal da concorrência, o conceito de restrição da concorrência “por objeto” só pode ser aplicado a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário” (cfr. parágrafo 58 do acórdão).

Em consequência, o TJUE anulou a decisão recorrida e remeteu o processo ao TG para que este se pronuncie sobre se as medidas em análise tiveram efeitos restritivos da concorrência nos termos do artigo 101º, n.º 1, do TFUE.

Este recente acórdão deverá ter um impacto significativo no modo como a Comissão e as autoridades de concorrência nacionais conduzem a investigação de práticas anticoncorrenciais no futuro, desincentivando o recurso excessivo ao conceito de restrição *por objeto* e levando, provavelmente, a uma apreciação mais cuidadosa dos factos em cada caso tendo em vista aferir se um acordo ou prática tem efeitos negativos sobre a concorrência. ■

<sup>1</sup> Processo C-67/13, *Groupement des Cartes Bancaires* c. Comissão.



# Autoridade da Concorrência tem novos estatutos

Luís do Nascimento Ferreira  
lferreira@mlgts.pt

## Introdução

A Autoridade da Concorrência (“AdC”) passou a dispor de novos estatutos, com a recente entrada em vigor, a 1 de setembro, do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

O diploma regista alterações relevantes face aos anteriores estatutos — definidos pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro —, mas, como seria de esperar, não se afasta muito da disciplina jurídica da lei-quadro das entidades administrativas independentes, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, ainda na égide do programa de assistência económica e financeira. Vale a pena analisar de perto algumas das principais modificações.

## Organização interna

No plano dos órgãos e quadros da AdC, as novidades de maior relevo decorrem fundamentalmente da adaptação que foi feita às novas regras que resultam da lei-quadro das entidades reguladoras.

Em primeiro lugar, num esforço de *accountability* que nos parece de saudar, a designação dos membros do conselho de administração da AdC passa a ter de obedecer a um conjunto de exigências de forma e de substância, que reforçam a legitimidade e independência de quem desempenha estas importantes funções.

Em termos práticos, esses membros são escolhidos de entre pessoas com reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas. O processo de nomeação contempla uma audição parlamentar prévia e fica concluído com a respetiva indigitação por meio de resolução fundamentada do Conselho de Ministros. Em caso de designação simultânea de dois ou mais membros do conselho, o termo dos respetivos mandatos deve divergir pelo menos seis meses, procurando, por esta via, assegurar-se a convivência de diferentes sensibilidades e experiências no órgão de cúpula da AdC. Outra

novidade é a necessidade de o provimento do presidente garantir a alternância de sexos e de o provimento dos vogais assegurar uma representação mínima de 33% de cada género.

Os mandatos dos membros do conselho passam a ter uma duração de 6 anos e a não ser renováveis. Nos atuais mandatos a duração é de 5 anos, renovável uma vez. Ao abrigo dos novos estatutos, os atuais mandatos mantêm-se em curso pela duração inicialmente definida, mas deixa de haver possibilidade de renovação.

O segundo aspeto que nos parece de assinalar em matéria de organização será aquele onde se regista porventura maior diferenciação face aos anteriores estatutos.

Nos termos dos estatutos de 2003, os membros do conselho da AdC não podiam, nos dois anos seguintes à cessação do seu mandato, estabelecer qualquer vínculo ou entrar em qualquer relação profissional, remunerada ou não, com entidades que durante esse período tivessem participado em operações de concentração de empresas sujeitas a jurisdição da AdC ou que tivessem sido objeto de processos de contraordenação por comportamentos restritivos da concorrência. Como forma de compensar este impedimento, os membros do conselho tinham direito, justamente nos dois anos seguintes à cessação do seu mandato, a um subsídio equivalente a dois terços da respetiva remuneração, cessando esse abono a partir do momento em que fossem contratados ou nomeados para o desempenho, remunerado, de qualquer função ou serviço público ou privado.

No quadro dos novos estatutos, o leque de incompatibilidades e impedimentos foi significativamente reforçado, não apenas ao nível do conselho, mas também dos restantes quadros da AdC (titulares de cargos de direção ou equiparados e trabalhadores), a ponto de algumas opções poderem mesmo ser questionadas da perspetiva da sua proporcionalidade face a outros direitos conflitantes.

NO QUADRO DOS NOVOS ESTATUTOS, O LEQUE DE INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS FOI SIGNIFICATIVAMENTE REFORÇADO, A PONTO DE ALGUMAS OPÇÕES PODEREM MESMO SER QUESTIONADAS DA PERSPETIVA DA SUA PROPORCIONALIDADE FACE A OUTROS DIREITOS CONFLITUANTES

A título de exemplo, todos os colaboradores da AdC (membros do conselho, diretores ou equiparados e trabalhadores) estão hoje impedidos de deter, durante o período em que exercem funções, quaisquer participações sociais ou interesses com qualquer empresa ou associação de empresa. Em tese, admite-se que este constrangimento possa fazer sentido no caso de autoridades reguladoras setoriais, especialmente se a proibição for erigida face às empresas reguladas no setor em causa. Todavia, no caso da AdC — que nem sequer é uma verdadeira autoridade reguladora clássica — a aplicação prática desta regra, em toda a sua extensão, parece ir claramente além do que seria necessário, adequado e proporcional face às exigências de independência e imparcialidade.

Mais. Entre os membros do conselho, por um lado, e os restantes colaboradores, por outro, existem diferenças significativas de tratamento ao nível de incompatibilidades e impedimentos, que são dificilmente compreensíveis. A lei-quadro das entidades reguladoras determina que as incompatibilidades e impedimentos em causa apenas se aplicam aos titulares dos órgãos das entidades reguladoras que venham a ser designados ao abrigo da lei-quadro. Quer dizer, estes constrangimentos não são imediatamente

aplicáveis aos mandatos em curso dos membros do conselho da AdC. Porém, no caso dos trabalhadores e titulares de cargos de direção ou equiparados, a mesma lei-quadro impõe que, verificando-se uma incompatibilidade ou um impedimento em resultado das alterações introduzidas nesta matéria, este grupo de colaboradores terá de pôr termo a essas situações, no prazo de 6 meses, ou fazer cessar os respetivos vínculos.

Paralelamente, no período após a cessação de funções, a proibição de estabelecer vínculos ou relações contratuais com empresas que tenham tido intervenções em processos ou sido destinatárias de atos, decisões ou deliberações da AdC passa a ser também extensível aos titulares de cargos de direção ou equiparados (ao contrário dos estatutos anteriores, em que este impedimento valia apenas para os membros do conselho). Para os membros do conselho ainda se prevê uma compensação, durante a moratória de 2 anos, equivalente a 50% do vencimento mensal anterior, mas os titulares de cargos de direção ou equiparados não beneficiam de igual prerrogativa. Esta solução é, a nosso ver, injustificada e suscetível de constituir um desincentivo à captação de quadros qualificados e experientes para funções de direção.

Ainda assim, os estatutos da AdC acabaram por não refletir a penalidade que a lei-quadro das entidades reguladoras prevê para os casos de violação desta proibição por parte dos titulares de cargos de direção ou equiparados, que seria a obrigação de restituírem todas as remunerações líquidas

auféridas no desempenho do cargo anterior, até um máximo de 3 anos. Já no caso dos membros do conselho, os estatutos contemplam uma pesadíssima sanção em caso de incumprimento da referida proibição, que consiste na obrigação de se devolver o montante equivalente a todas as remunerações líquidas auferidas durante o período em que exerceram funções.

Uma vez mais, e reportando-nos apenas à AdC (entidade com jurisdição sobre todas as empresas que desenvolvam uma atividade económica com algum grau de conexão com o território português), a solução acolhida parece ser desajustada face aos padrões de qualidade e profissionalismo que se pretende atrair para a composição dos respetivos quadros de topo.

### Recurso extraordinário em matéria de concentrações

À semelhança do que ocorria nos anteriores estatutos, o Decreto-Lei n.º 125/2014 manteve, como resquício histórico, a possibilidade de o Governo autorizar uma concentração proibida pela AdC, dentro de alguns condicionalismos. Trata-se aqui de um expediente excepcional, inspirado no regime alemão de controlo de concentrações, que apenas foi utilizado uma vez entre nós face a decisões da AdC, quando, em 2006, o então Ministro da Economia aprovou a aquisição da Auto-Estradas do Oeste e da Auto-Estradas do Atlântico pela Brisa.

A norma dos atuais estatutos que rege este recurso extraordinário foi objeto de algumas alterações cirúrgicas, que se destinam a reforçar o caráter atípico da medida. Assim, resulta hoje mais claro do texto da lei que a decisão de reversão só pode ser tomada «*excecionalmente*». O fundamento da reversão da decisão de oposição continua a ser a existência de benefícios resultantes da concentração para a prossecução de interesses fundamentais da economia nacional, que superem as desvantagens concorrenciais resultantes da sua implementação. O crescimento da exigência (algo tautológica) de que esses interesses, para além de fundamentais, sejam também «*estratégicos*» só

## OS NOVOS ESTATUTOS DERAM PASSOS IMPORTANTES NO SENTIDO DE INTENSIFICAR O ESFORÇO DE TRANSPARÊNCIA NA ATIVIDADE DA ADC

poderá servir o propósito útil de “apertar” o crivo de aprovação deste tipo de operações.

Do ponto de vista procedimental, a decisão de autorização extraordinária compete agora ao Conselho de Ministros, mediante proposta do Ministro da Economia, quando anteriormente era competência exclusiva deste. Na anterior formulação dos estatutos, a decisão de autorização podia, ou não, ser acompanhada de condições e obrigações tendentes a minorar o impacto negativo da operação sobre a concorrência. À luz da nova versão, parece que a imposição dessas condições e obrigações será obrigatória, o mesmo valendo quanto à exigência de publicação integral da decisão em Diário da República.

### Transparência de atuação

Uma nota final para assinalar que os novos estatutos deram ainda passos importantes no sentido de intensificar o esforço de transparência na atividade da AdC, aspeto fundamental para a difusão e consolidação de uma cultura de concorrência, *compliance* e segurança jurídica.

Por exemplo, passou a ter força de lei a *best practice* de, antes da aprovação ou alteração de qualquer regulamento que tenha eficácia externa, a AdC realizar uma consulta pública, em regra, por período não inferior a 30 dias. Na mesma linha, a página eletrónica da AdC terá de disponibilizar, de forma contínua e atualizada, um conjunto alargado de elementos legislativos, regulamentares e administrativos, bem como decisões administrativas e judiciais, que são essenciais para uma correta apreensão das “regras do jogo”. ■

A NORMA DOS ATUAIS ESTATUTOS QUE REGE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO FOI OBJETO DE ALGUMAS ALTERAÇÕES CIRÚRGICAS, QUE SE DESTINAM A REFORÇAR O CARÁTER ATÍPICO DA MEDIDA



**MATTOS FILHO** > Mattos Filho, Veiga Filho,  
Marrey Jr e Quiroga Advogados

## CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL MATTOS FILHO ADVOGADOS

# A nova lei anticorrupção no Brasil

[www.mattosfilho.com.br](http://www.mattosfilho.com.br)

É RECOMENDÁVEL QUE AS EMPRESAS ADOTEM DESDE JÁ PROGRAMAS EFETIVOS DE COMPLIANCE, DE ACORDO COM A MELHOR PRÁTICA INTERNACIONAL, COM VISTAS A INIBIR A PRÁTICA DE CONDUTAS QUE POSSAM EXPÔ-LAS AOS RISCOS OU BENEFICIAR DE EVENTUAL MODERAÇÃO DAS PENAS

**F**m 29 de janeiro de 2014 entrou em vigor a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, popularmente conhecida como “Lei Anticorrupção”. A referida lei, trata da responsabilização objetiva de pessoas jurídicas nas esferas administrativa e civil pela prática de atos contra o patrimônio da administração pública, nacional ou estrangeira.

A Lei Anticorrupção traz rol não exaustivo de atos lesivos à administração pública que são tipificados como crimes. Dentre as hipóteses listadas na lei, há (i) o oferecimento de qualquer vantagem indevida a agente público, direta ou indiretamente; (ii) o cometimento de fraudes ou manipulações em licitações e contratos com entes públicos; e (iii) o financiamento, custeio ou patrocínio de qualquer dos atos lesivos previstos no referido texto legal.

A prática de qualquer um desses atos pode ensejar a aplicação de sanções nas esferas administrativa e cível. Em âmbito

administrativo, a prática de atos lesivos ao patrimônio público pode resultar em multa a ser fixada entre 0,1% e 20% do faturamento bruto registrado pela empresa no ano anterior à instauração da investigação. Nas hipóteses em que não for possível estimar o faturamento, a multa será fixada entre R\$ 6 mil e R\$ 60 milhões. Há ainda a possibilidade de publicação extraordinária da decisão condenatória em meios de comunicação de grande circulação.

Em âmbito cível, a pessoa física ou jurídica envolvida no ato ilícito pode ser condenada à reparação integral do dano causado ao patrimônio público. Outras medidas aplicáveis são: (i) perdimento de bens, direitos ou valores obtidos da infração; (ii) suspensão ou interdição parcial de atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e (iv) proibição de receber doações, subvenções, subsídios ou financiamentos de órgãos e instituições financeiras públicas, com duração de um a cinco anos.

A Lei Anticorrupção prevê a aplicação dessas penalidades às sociedades, associações e fundações brasileiras, bem como às pessoas jurídicas estrangeiras com sede, filial ou representação no Brasil pela prática de determinadas condutas ilícitas. A lei considera solidariamente responsável as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, bem como sociedades sucessoras em caso de fusão, cisão e incorporação – nesses casos, a responsabilidade é limitada ao valor do patrimônio transferido.

Pessoas físicas também serão responsabilizadas por atos ilícitos. Dirigentes, conselheiros, diretores, administradores, gerentes, empregados responderão diretamente por seu envolvimento em atos de corrupção. Além disso, a Lei Anticorrupção também prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica utilizada para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos lesivos previstos na lei.

As pessoas jurídicas estarão sujeitas a penalidades mesmo se (i) não obtiverem ganho pela prática do ato de corrupção; (ii) se agentes ou empregados agirem sem autorização superior para o ato; ou (iii) se o ato ilícito for praticado por um intermediário, pessoa física ou jurídica.

A Lei Anticorrupção prevê a possibilidade de celebração de acordos de leniência, em que o autor da prática lesiva colabora com as investigações em troca de redução das penalidades aplicáveis. Para a celebração do acordo de leniência, determinados requisitos devem ser preenchidos: (i) a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar o seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (ii) a cessação completa do seu envolvimento na infração investigada; e (iii) a admissão de sua participação no ilícito e a cooperação plena e permanente com as investigações e o processo administrativo.

Ao firmar o acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará isenta das penalidades de publicação

extraordinária e das restrições quanto ao recebimento de doações, subvenções, subsídios ou financiamentos de órgãos e instituições financeiras públicas, também podendo reduzir em até dois terços o valor da multa aplicável.

A Lei também prevê que a existência e o cumprimento de mecanismos e procedimentos internos de compliance – tais como auditorias, códigos de ética, e incentivos para a denúncia de irregularidades – serão levados em consideração para modular a aplicação das sanções previstas. Aguarda-se a regulamentação sobre os requisitos que tais programas de compliance deverão preencher para serem considerados na redução de eventuais penalidades. Nesse sentido, entretanto, é recomendável que as empresas adotem desde já programas efetivos de compliance, de acordo com a melhor prática internacional, com vistas a inibir a prática de condutas que possam expô-las aos riscos acima mencionados ou beneficiar-se de eventual moderação das penas. ■



MLGTS LEGAL CIRCLE  
INTERNATIONAL TIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

*Procurando responder às necessidades crescentes dos seus clientes um pouco por todo o mundo, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, a MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA estabeleceu parcerias institucionais com sociedades de advogados líderes de mercado em Angola, Macau (China) e Moçambique.*

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS  
SOCIEDADE DE  
ADVOGADOS

#### LISBOA

Rua Castilho, 165  
1070-050 Lisboa  
Tel.: +351 213 817 400  
Fax: +351 213 817 499  
mlgtslisboa@mlgts.pt

Luanda, Angola (em parceria)  
Angola Legal Circle Advogados

#### PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2  
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto  
Tel.: +351 226 166 950  
Fax: +351 226 163 810  
mlgtsporto@mlgts.pt

Maputo, Moçambique (em parceria)  
Mozambique Legal Circle Advogados

#### MADEIRA

Avenida Arriaga, 73, 1.º, Sala 113  
Edifício Marina Club – 9000-060 Funchal  
Tel.: +351 291 200 040  
Fax: +351 291 200 049  
mlgtsmadeira@mlgts.pt

Macau, Macau (em parceria)  
MdME | Lawyers | Private Notary

Member

**LexMundi**  
World Ready

www.mlgts.pt