STORE MAGAZINE
A nova plataforma da distribuição e comércio moderno

Preço: 8 €
Classe: Distribuição
Data: 01.04.2014

Periodicidade: Trimestral
Tiragem: 2 500
Página: 12



**Opinião**

Regulando fortemente esta ampla área de liberdade das relações entre agentes económicos, o Governo intervém sobre uma parte significativa da produção e comércio nacionais. Independentemente de se apurar da sua necessidade, em qualquer caso tal só se poderia fazer através de um diploma refletido e cuidado. Não foi isso que aconteceu.

# Quando o legislador não regula bem: as Práticas Individuais Restritivas de Comércio

**Joaquim Vieira Peres**
Advogado, Sócio de Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva, Sociedade de Advogados, R.L.

Com o Decreto-Lei 166/2013 (DL), que alterou o regime das Práticas Individuais Restritivas de Comércio, o Governo decidiu introduzir fortíssimas restrições à liberdade de contratar no domínio das relações entre produtores e distribuidores. Esta opção política ter-se-á baseado na ideia de que os primeiros são frequentemente vítimas dos segundos, pelo poder resultante da dimensão e organização de que estes dispõem. Dispenso-me de comentar se a realidade corresponde a tal pressuposto: o problema está em que, regulando fortemente esta ampla área de liberdade das relações entre agentes económicos, o Governo intervém sobre uma parte significativa da produção e comércio nacionais. Independentemente de se apurar da sua necessidade, em qualquer caso tal só se poderia fazer através de um diploma refletido e cuidado.

Não foi isso que aconteceu: o DL é tecnicamente muito imperfeito e, ao contrário do que supostamente se pretendia, introduz mais incertezas do que segurança. E este juízo não é somente devido às reservas com que encaro a filosofia que lhe subjaz e os efeitos últimos da sua aplicação. O meu profundo desacordo tem especialmente que ver com a incerteza jurídica que o mesmo gera e que só poderá ser remediada quando os tribunais afinarem a sua interpretação e aplicação.

Desde logo, parece-me óbvio que se trata de um diploma manifestamente atentatório da concorrência e da livre iniciativa económica.

O regime em causa tem como efeito a consagração de mecanismos que permitem aos fornecedores impor aos distribuidores o preço (pelo menos, o preço mínimo) a praticar nas relações com os seus clientes. Ora, isto é, desde sempre, uma das práticas anti concorrenciais mais gravemente punidas pelo direito da concorrência, atendendo ao efeito nefasto que tem sobre o bem-estar geral e, em particular, sobre os consumidores.

A possibilidade de os fornecedores assegurarem que os preços de venda praticados pelos distribuidores respeitarão as suas determinações, para além de anular a pressão competitiva que os vários revendedores exercem entre si (e as vantagens que os consumidores daí recolhem - preços mais baixos, promoções com maior valor, benefícios mais extensos), criará condições ótimas para que os fornecedores possam sinalizar e alinhar entre si, muito mais eficazmente e com menor risco, os respetivos comportamentos estratégicos. Temo que o consumidor saia a perder duplamente: por menor concorrência entre os distribuidores e por menor concorrência entre os produtores.

Mas a insegurança introduzida decorre sobretudo da ligeireza técnica do diploma: está pejado de conceitos gerais atípicos, de soluções aberrantes do ponto de vista sistémico, de normas difíceis de interpretar e, por vezes, de aplicação impossível.

Apesar do que expressa o seu preâmbulo, o DL não conseguiu clarificar quais os comportamentos visados: é um exercício de pura adivinhação!

Não é percetível a que transações se aplica: quais os sujeitos que ficam obrigados e os exonerados, quais os bens abrangidos e os isentos.

Quanto aos bens comprados e vendidos,

STORE MAGAZINE
A nova plataforma da distribuição e comércio moderno

Preço: 8 €
Classe: Distribuição
Data: 01.04.2014

Periodicidade: Trimestral
Tiragem: 2 500
Página: 13

Morais Leitão Galvão Teles Soares da Silva

dispõe-se que estão excluídos os bens com origem fora da UE e do EEE. Como se justifica que o legislador trate de forma antagónica a venda com prejuízo, por um mesmo revendedor dos produtos nacionais e europeus face aos restantes, prejudicando os produtores nacionais, em favor de produtores estrangeiros?

O diploma diz valer apenas para as empresas estabelecidas em território nacional, usando aqui, sem definir, os conceitos de empresas e de estabelecimento. Não é líquido, por exemplo, se o DL se aplica a transações efetuadas entre um produtor nacional e uma "central de compras" com sede no exterior, mas pertencente a um grupo com presença efetiva em Portugal.

Na proibição da revenda com prejuízo, não se percebe como se calcula o "preço de venda", nem que descontos abrange. E, sobretudo, não é de todo inteligível o funcionamento do mecanismo que imputa tais descontos às quantidades vendidas "desse mesmo produto e desse mesmo fornecedor" nos últimos 30 dias, sempre que o consumidor tenha usufruído de um desconto que apenas se materialize posteriormente: é o caso, entre outros, da atribuição de pontos, do cupão de desconto, do desconto em talão ou em cartão.

Independentemente da redação infeliz, não deixa de espantar como o legislador valora negativamente a venda com prejuízo praticada por um revendedor (penalizando-a com coima pesadíssima) quando a mesma realidade económica é completamente legal se praticada por um prestador de serviços ou por um produtor. Estes últimos podem vender bens ou serviços a qualquer preço, ainda que muito inferior ao respetivo custo, sem qualquer penalidade. E por certo os efeitos sobre a sã concorrência e a lealdade das transações comerciais são os mesmos...

Outro exemplo é o da proibição das práticas negociais abusivas, que torna ilícitos certos aspetos (ou cláusulas) dos contratos de fornecimento em função apenas de terem sido ou não impostos por uma das partes. Ora, não se definiu "imposição" nem existe no ordenamento jurídico nacional qualquer outro diploma que utilize este conceito. Neste momento, ninguém o poderá definir com segurança.

E que dizer, neste contexto, da utilização de conceitos técnico-jurídicos essenciais do direito civil como "responsabilidade", "negligência" ou "incumprimento contratual", em hipóteses legais onde manifestamente os mesmos não cabem ou não fazem tecnicamente qualquer sentido?

Veja-se este caso: o DL contém uma norma que proíbe um distribuidor de rejeitar ou devolver os produtos do sector agro alimentar (conceito por definir) que lhe sejam entregues por fornecedores de menor dimensão, ainda que aqueles produtos não cumpram requisitos de qualidade acordados ou sejam entregues fora de prazo, sem que o comprador demonstre a "responsabilidade" do fornecedor.

Não se inverteu completamente o ónus da prova e a repartição típica de risco entre fornecedor e revendedor?! Não será isto criar um regime que se vai voltar exatamente contra quem se pretendia proteger, já que os distribuidores evitarão contratar com quem muito dificilmente poderá ser responsabilizado em caso de falta de qualidade dos produtos ou de atraso na sua entrega?!

Por último, previram-se coimas (para quase todas as proibições do DL) cujo máximo se fixou em 2,5 milhões de euros. Que bens ou valores jurídicos essenciais a proteger são estes cuja violação acarreta tão gravosa sanção? E não se invoque o argumento da necessidade da sanção severa para assegurar o efeito dissuasor: soa a tique de autoritarismo totalitário ou intimidação desproporcionada, desadequados num Estado de Direito.

Como compatibilizar, aliás, essa severidade punitiva com a absoluta incerteza sobre o que é afinal proibido? Que importância atribuir ao princípio constitucional de nulla poena sine lege?

Estão, enfim, criadas todas as condições para um enorme incremento da conflitualidade, para o sistemático recurso aos tribunais, para um mau uso de recursos públicos e privados escassos.

Concluindo, bem mais preocupante do que as opções políticas e composições de interesses que podem ter estado subjacentes às soluções do DL (e o risco de transferência substancial de valor dos consumidores para outros agentes económicos) é, por certo, a insegurança jurídica que decorre das formulações concretamente utilizadas.

E ninguém discorda de que a incerteza é a pior inimiga da iniciativa económica e do desenvolvimento.

**COMO SE JUSTIFICA QUE O LEGISLADOR TRATE DE FORMA ANTAGÓNICA A VENDA COM PREJUÍZO, POR UM MESMO REVENDEDOR DOS PRODUTOS NACIONAIS E EUROPEUS FACE AOS RESTANTES, PREJUDICANDO OS PRODUTORES NACIONAIS, EM FAVOR DE PRODUTORES ESTRANGEIROS?**