

# As vendas com prejuízo morreram. Vivam as vendas com prejuízo?

*Miguel Sousa Ferro<sup>1</sup>*

1. Introdução
2. As vendas com prejuízo até 2014
3. O admirável mundo novo das vendas com (real) prejuízo
  - 3.1. Prática administrativa
  - 3.2. O acórdão uniformizador de jurisprudência de 14 de maio de 2014
  - 3.3. Prática judicial subsequente
4. O futuro das PIRC

---

<sup>1</sup> Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Europeia. Counsel na Eduardo Paz Ferreira & Associados. Email: [miguelferro@fd.ulisboa.pt](mailto:miguelferro@fd.ulisboa.pt). O autor agradece à ASAE, nas pessoas do Dr. Pedro Portugal Gaspar e Dra. Maria Helena Sanches, os esclarecimentos prestados e o debate que permitiram a produção do presente trabalho. As opiniões expressas e quaisquer erros factuais ou de análise são da exclusiva responsabilidade do autor.

## 1. Introdução

O regime das práticas individuais restritivas do comércio (PIRC), que remonta a 1983<sup>2</sup>, consta, atualmente, do Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro (“DL 166/2013”), revisto pelo Decreto-Lei n.º 220/2015, de 8 de outubro (DL 220/2015)<sup>3</sup>.

Embora este regime contenha cinco grupos de proibições distintas, desde as suas origens que a proibição das vendas com prejuízo tem sido o principal foco de atenções, ficando o remanescente conteúdo do diploma, praticamente, na condição de letra morta.

Várias vozes se têm ouvido ao longo dos anos criticando o modo como a lei caracteriza uma venda com prejuízo, por se aplicar a todos os operadores, mesmo os mais pequenos, independentemente de relevância ou efeito no mercado, e por não ter em conta a realidade dos mercados, obrigando a desconsiderar descontos que são a prática corrente de todos os operadores, conduzindo à proibição de vendas sem prejuízo. O mesmo é dizer que a norma tinha por resultado o aumento artificial dos preços para os consumidores.

Antes do DL 166/2013, a aplicação deste regime era dividida entre a ASAE (inspeção e instrução) e a AdC (aplicação das coimas). A partir da nova lei, a ASAE passou a aplicar sozinha o diploma. Foi uma mudança desejada pela AdC, que se via obrigada à aplicação relutante de um regime legal cuja fundamentação era incompatível com o pensamento económico que subjaz à justificação das proibições do direito da concorrência.

Era mais simples e natural à ASAE a aplicação deste regime, sem ter de lidar com os conflitos ideológicos subjacentes. E foi precisamente isso que a ASAE fez nos anos

---

<sup>2</sup> A sucessão legislativa deste regime passara pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro; Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de agosto; Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro; Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de maio; pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

<sup>3</sup> Para uma análise mais detalhada deste regime e sua evolução histórica, ver: Sousa Ferro, M., *O novo regime das práticas restritivas do comércio - Decreto-Lei n.º 166/2013*, AAFDL, 2014.

subsequentes: aplicou a letra da lei e respeitou a intenção do legislador, tal como a entendia.

No entanto, num raro exemplo de ativismo judicial, o Supremo Tribunal de Justiça e a magistratura judicial, no seu conjunto, rapidamente intervieram para alterar drasticamente os parâmetros de aplicação da proibição das vendas com prejuízo.

Este artigo visa divulgar e analisar esta meritória intervenção dos tribunais portugueses, que repuseram o bom senso numa área em que o legislador se mostrou algo insensível à realidade económica, bem como discutir as dificuldades que esta jurisprudência criou para a Administração e o modo como se poderá reagir e ultrapassá-las.

## 2. As vendas com prejuízo até 2014

Nos termos do artigo 5.º(1) a (3) do DL 166/2013:

*“1 - É proibido oferecer para venda ou vender um bem a uma empresa ou a um consumidor por um preço inferior ao seu preço de compra efetivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte.*

*2 - Entende-se por preço de compra efetivo o preço unitário constante da fatura de compra, líquido dos pagamentos ou descontos que se relacionem direta e exclusivamente com a transação dos produtos em causa, bem como dos que constem de notas de crédito e débito que remetam para aquela fatura e, bem assim, os que se encontrem identificados na própria fatura ou, por remissão desta, em contratos de fornecimento ou tabelas de preço que estejam em vigor no momento da transação e que sejam determináveis no momento da respetiva emissão.*

*3 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por descontos relacionados direta e exclusivamente com a transação em causa os descontos de quantidade, os descontos financeiros e os descontos promocionais desde que*

*identificáveis quanto ao produto, respetiva quantidade e período por que vão vigorar*<sup>4</sup>.

No seu essencial (com a exceção do acréscimo da relevância de notas de crédito e de débito), a definição legislativa do que constitui uma venda com prejuízo tem-se mantido inalterada. Muitos detalhes poderiam ser discutidos, mas, neste âmbito, limitar-nos-emos às questões que foram tratadas na jurisprudência.

A lei diz que existe uma “venda com prejuízo” quando o preço de venda for inferior ao “preço de compra efetivo”, tal como este conceito é explicitado na lei. Só se pode ter em conta o preço de compra e respetivos descontos que estiverem documentados na respetiva fatura ou em contratos gerais, tabelas ou notas de débito ou crédito associadas.

Resulta, portanto, do n.º 3 que nem todos os descontos são atendíveis. Só podem ser considerados, para efeitos de cálculo do “preço de compra efetivo”: (i) descontos de quantidade; (ii) descontos financeiros; e (iii) descontos promocionais, desde que identificáveis quanto ao produto, quantidade e período por que vigoram<sup>5</sup>.

Durante os muitos anos da aplicação da proibição com as vendas com prejuízo, isto levou a que as autoridades administrativas defendessem que, nos termos da lei, não se podiam ter em conta um grande número de descontos, mesmo indicados nos documentos de suporte, se estes não se enquadrassem nos tipos enumerados exaustivamente na lei (interpretados algo restritivamente) ou se estivessem descritos de tal modo que não fosse perceptível a natureza ou motivo do desconto em causa.

---

<sup>4</sup> Sublinhado o texto acrescentado pelo DL 220/2015. O artigo 5.º continua com mais 8 números, mas estes não são relevantes para a presente discussão.

<sup>5</sup> No sentido de que estes requisitos adicionais se aplicam apenas aos descontos promocionais, ver o Acórdão uniformizador de jurisprudência do STJ n.º 9/2014 (Relatora: Isabel Pais Martins) de 14 de maio de 2014 (processo n.º 86/12.5YQSTR.E1-A.S1): “*Relativamente a este requisito adicional, de identificação do desconto quanto ao produto, respetiva quantidade e período por que vai vigorar, deve entender-se que o mesmo se aplica apenas aos descontos promocionais*”. No mesmo sentido: CUNHA, C., *Estudo sobre o regime jurídico da venda com prejuízo*, Coimbra, 2005.

A exigência de que os descontos se relacionem “direta e exclusivamente” com a compra em causa parece ser especialmente restritiva, mas as suas consequências práticas sempre foram sempre incertas e pouco pronunciadas.

O DL 166/2013 reviu o regime no sentido da expansão do tipo de elementos que podiam ser reconduzidos ao “preço de compra efetivo”, ao permitir que se tivessem em conta “pagamentos” (a consagração legal da interpretação razoável da versão anterior da lei, atenta a neutralidade económica entre desconto e pagamento).

E o DL 220/2015 continuou a tendência expansionista do conceito, acrescentando a previsão expressa de descontos/pagamentos previstos em notas de crédito ou de débito, mesmo que emitidas *a posteriori*, atualizando a lei para ter em conta práticas correntes nos mercados.

### 3. O admirável mundo novo das vendas com (real) prejuízo

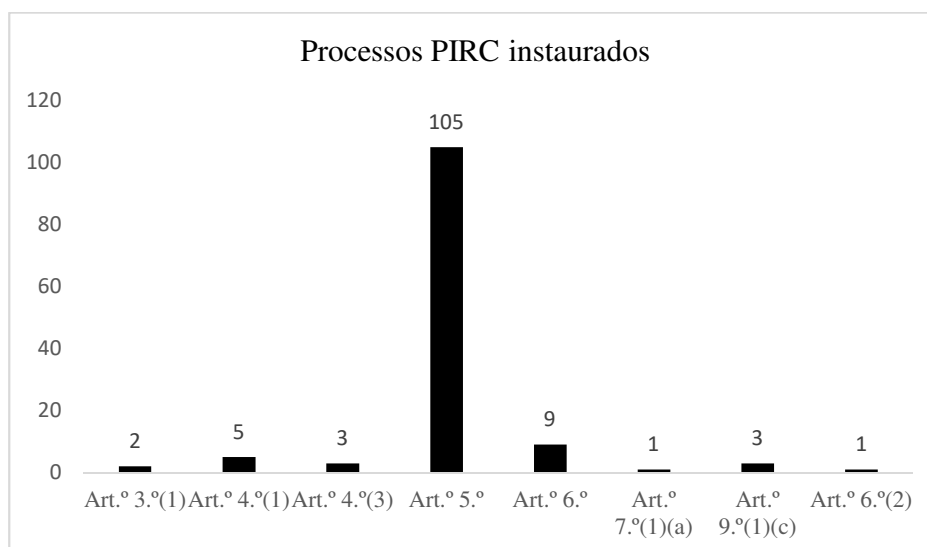
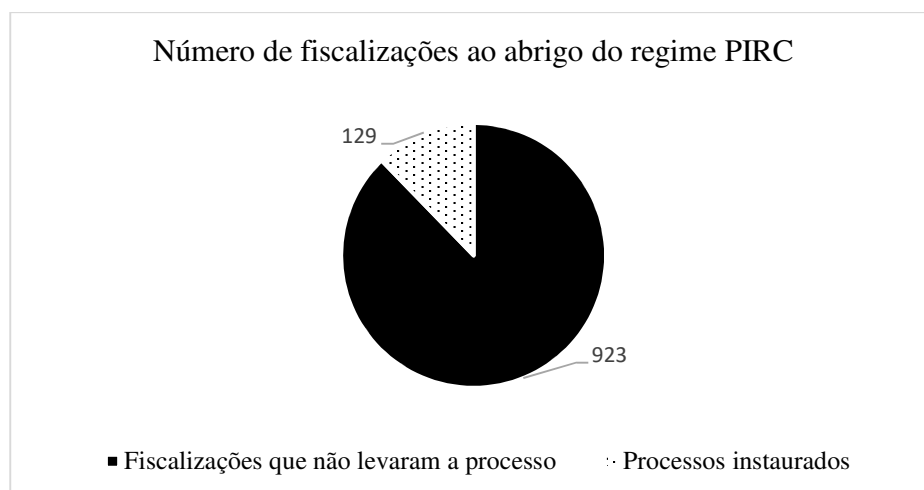
#### 3.1. Prática administrativa

O artigo das vendas com prejuízo sempre representou a grande maioria das decisões de aplicação do regime das PIRC. Já assim era antes do DL 166/2013, e assim continuou a ser.

Entre 2014 e 2016, a atividade contraordenacional total da ASAE, em todas as suas áreas de competência (incluindo decisões de admoestação), expressou-se nos seguintes números de processos:

Anos	Nº de processos decididos *	Nº de impugnações judiciais	% de impugnação judicial
2014	1952	630	32%
2015	1438	312	22%
2016	3460	547	16%
Total	6850	1489	22%

Desde a entrada em vigor do DL 166/2013, até meados de março de 2017, a atividade contraordenacional da ASAE relativa ao regime das PIRC<sup>6</sup> resume-se nos seguintes termos:



<sup>6</sup> Art.º 3.º(1) – Aplicação de preços ou de condições de venda discriminatórias

Art.º 4.º(1) – Não apresentação das tabelas de preços com as condições de venda, quando solicitadas

Art.º 4.º(3) – Não redução a escrito de disposições sobre condições de venda a fornecedores

Art.º 5.º – Oferta para venda ou venda com prejuízo

Art.º 6.º – Recusa de venda de bens ou de prestação de serviços

Art.º 7.º(1)(a) – Práticas negociais abusivas entre empresas

Art.º 9.º(1)(c) – Não prestação ou prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas

Art.º 6.º(2) – Subordinação da venda ou da prestação de serviços à aquisição de outro bem ou serviço

Destes processos, só 43 tiveram uma decisão final e, destes últimos, só 23 (18% dos processos instaurados) levaram à imposição de contraordenações.

As vendas com prejuízo representam, assim, 81% dos processos instaurados pela ASAE ao abrigo do DL 166/2013. Mas o seu peso relativo é ainda maior no universo das contraordenações impostas. Das 23 contraordenações impostas ao abrigo do regime PIRC:

- a) 19 (83%) foram por vendas com prejuízo; e
- b) 4 (17%) foram por não apresentação de tabela de preços.

As contraordenações por vendas com prejuízo variaram entre os seguintes valores: (i) 2.000 a 5.000 EUR: 6; (ii) 6.000 a 10.000: 4; (iii) 15.000 a 42.500: 4; (iv) 50.000: 1; (v) 100.000: 1; (vi) 150.000: 1; (vii) 300.000: 1; (viii) 500.000: 1.

Ao passo que as contraordenações por não apresentação de tabela de preços<sup>7</sup> foram todas pagas voluntariamente, 16 (84%) das contraordenações por vendas com prejuízo foram impugnadas judicialmente<sup>8</sup>. Estes graus de litigiosidade não são adequadamente explicados pelo valor das contraordenações. Antes parecem decorrer, em larga medida, de discordâncias substantivas quanto à interpretação do regime legal.

### **3.2. O acórdão uniformizador de jurisprudência de 14 de maio de 2014**

Pouco depois da entrada em vigor do DL 166/2013, o STJ foi confrontado com a necessidade de resolver interpretações divergentes sobre o tipo de descontos que podiam ser considerados no cálculo do “preço de compra efetivo” e os respetivos requisitos exigíveis<sup>9</sup>. Embora relativo ainda à interpretação do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro, o

---

<sup>7</sup> 1 contraordenação de 250 EUR e 3 contraordenações de 500€.

<sup>8</sup> Das 3 restantes, 1 foi revogada após reclamação, 1 foi paga voluntariamente (2.500 EUR), e 1 foi paga (2.000 EUR).

<sup>9</sup> Acórdão uniformizador de jurisprudência do STJ n.º 9/2014 (Relatora: Isabel Pais Martins) de 14 de maio de 2014 (processo n.º 86/12.5YQSTR.E1-A.S1).

acórdão mantém a sua relevância, na vigência do DL 166/2013, devido à identidade das normas em causa, no que releva para as questões nele discutidas.

Citando abundantemente a obra de Carolina Cunha<sup>10</sup>, bem como de Cruz Vilaça<sup>11</sup>, o STJ proclamou, a par destes autores, a necessidade de conhecimento da realidade económica para uma correta interpretação da lei, fiel ao seu espírito e objetivos.

Em vários pontos da sua análise, criticou os resultados práticos da formulação legal da proibição da venda com prejuízo, resumindo as suas consequências nos seguintes termos:

*“impede a subtração ao preço de facto de boa parte dos descontos realmente obtidos do fornecedor e tem como consequência – uma vez que nem todos os descontos podem ser considerados para a determinação do preço de venda –, o aumento das margens de lucro do revendedor (...), leva[ndo] a que tal regime jurídico comporte a possibilidade de ser punida como venda com prejuízo uma venda em que os agentes económicos não sofrem prejuízo nenhum e, pelo contrário, obtêm lucros”.*

Citou e pareceu aderir à opinião de Carolina Cunha segundo a qual esta solução legislativa é “absolutamente desproporcionad[a] e excessiv[a], em face dos fins (alegadamente) visados” e consagra “uma conceção demasiado estreita de desconto”<sup>12</sup>. Seguiu ainda a lição daquela autora, frisando a atual complexidade das relações entre fornecedores e retalhistas nos mercados, com carácter duradouro, revisões *a posteriori* de preços anteriormente praticados, prestações de serviços associadas, etc., realidades estas que só parcialmente seriam atendidas pela lei.

Até este ponto, a análise do STJ não se debruçara ainda, especificamente, sobre a questão interpretativa sobre a qual se haviam verificado pronúncias contraditórias. A superfluosidade destas considerações críticas é, assim, especialmente elucidativa, por

---

<sup>10</sup> CUNHA, C., *Estudo sobre o regime jurídico da venda com prejuízo*, Coimbra, 2005.

<sup>11</sup> CRUZ VILAÇA, J. L., “Diz que é uma espécie de concorrência”, disponível em: “[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/jlcv\\_MA\\_4039.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jlcv_MA_4039.doc)”.

<sup>12</sup> CUNHA, C., 2005, cit., pp. 33 e 13.



revelar a intenção do STJ de manifestar, expressamente, o seu descontentamento com a desrazoabilidade e desadequação da solução consagrada pelo legislador.

A conclusão uniformizadora de jurisprudência (todos os outros pontos constituindo *obiter dicta*) foi a seguinte:

*“Um desconto «rappel» escalonado, cujo primeiro escalão se inicia na unidade (em euros, quilos, litros, etc.), é um desconto de quantidade que, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro, na redação do Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de maio, releva para a determinação do preço de compra efetivo, satisfeitas que se mostrem as restantes exigências de se encontrar identificado na fatura ou, por remissão desta, em contratos de fornecimento ou tabelas de preços e de ser suscetível de determinação no momento da respetiva emissão”*

Por um lado, o STJ afirmou a realidade contra-intuitiva de que um desconto atribuído numa venda específica em que só foi adquirida uma unidade deve ser considerando um “desconto de quantidade”, nos termos do regime PIRC, e tido em conta no cálculo do preço de compra efetivo. E permitiu que se tivesse em conta um desconto expresso na forma de uma condição suspensiva, significando que o real desconto a praticar só se determina *a posteriori* e será, normalmente, incerto no momento da compra, entendendo que, mesmo nestas condições, estaria preenchido o requisito de determinabilidade do desconto.

Por outro lado, esta pronúncia poderia ter tido consequências relativamente limitadas. O STJ referia-se a um tipo de desconto que, em abstrato, é estabelecido em termos que expressam o seu aumento à medida que aumenta a quantidade adquirida (vários escalões), podendo argumentar-se que seria necessário provar, num caso concreto, a existência desses escalões em abstrato, para se poder qualificar o “rappel” como um “desconto de quantidade”.

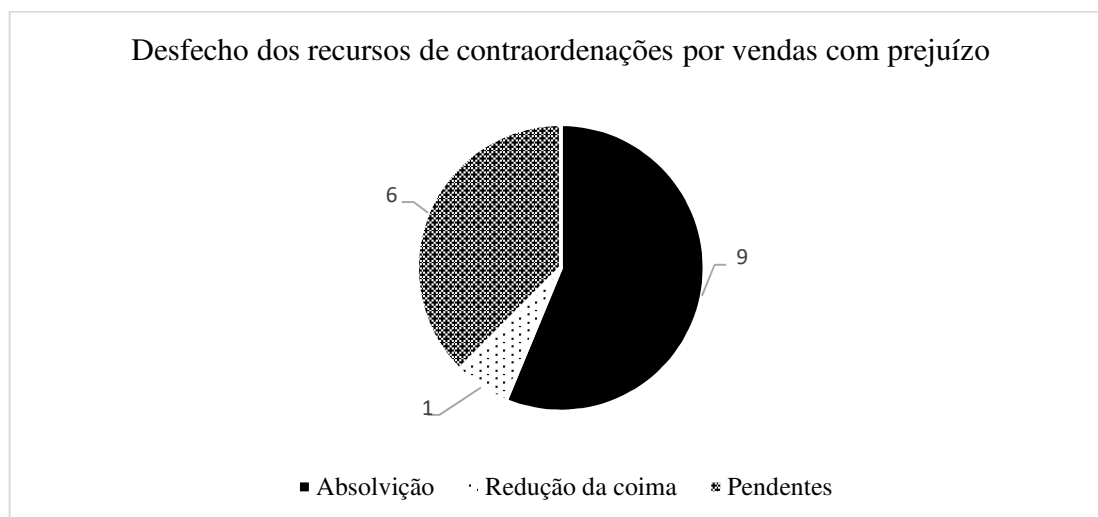
A isto acresce que o tribunal teve o cuidado de fornecer orientações adicionais sobre tipos de descontos que a lei – por muito que tal solução desagradasse – não permitia ter em conta, nomeadamente por serem uma “*contrapartida de utilidades proporcionadas pelo*

*revendedor ao fornecedor*”: bónus de tronco comum nacional, bónus facing mínimo linear, bónus de não devolução e bónus de organização de operações comuns especiais<sup>13</sup>.

O tribunal estava, assim, a consagrar uma solução diferente do seu ideal, navegando dentro dos limites que entendia serem-lhe permitidos pela letra da lei, que não se absteria de criticar.

### 3.3. Prática judicial subsequente

Como referido *supra*, até meados de março de 2017, tinham-se verificado 16 recursos de contraordenações impostas por vendas com prejuízo, com os seguintes desfechos:



Na prática, em 90% dos 10 recursos que já foram decididos, os tribunais discordaram da interpretação da ASAE quanto aos requisitos da identificação de uma venda com prejuízo. O único caso em que a contraordenação foi confirmada pelo Tribunal foi também o único

<sup>13</sup> Note-se que este ponto específico do acórdão parece já não ser aplicável hoje, depois do acréscimo pelo DL 166/2013 à necessidade de ponderar “pagamentos” relacionados com a transação, o que, no mínimo, abre a porta à discussão do preenchimento deste requisito em cada caso concreto.

em que não se discutia a relevância de qualquer desconto (apenas o preço que constava da fatura)<sup>14</sup>.

O mesmo é dizer que, desde a entrada em vigor do DL 166/2013, sempre que os tribunais calcularam o preço de compra efetivo, discordaram da ASAE quanto aos descontos que podiam ser tidos em conta nesse cálculo.

Os motivos das discórdias entre a autoridade administrativa e as autoridades judiciais resumem-se ao facto de adotarem interpretações distintas do que é necessário para se incluir um desconto no cálculo do preço de compra efetivo.

A pedra de base da discórdia é o acórdão uniformizador da jurisprudência, cuja consequência prática, como vimos, é a de que qualquer desconto pode ser considerado um desconto de quantidade, mesmo que esteja disponível logo na primeira unidade.

Mas este ponto é apenas o início. Como vimos, a uniformização da jurisprudência constante daquele acórdão do STJ tem um âmbito muito limitado e, na realidade, só um destes casos se debruçou (em parte) sobre *rappels*, que se inserem naquele âmbito. Mas a pronúncia do STJ, sobretudo a sua acesa crítica do regime, parece ter tido por consequência abrir a porta e, implicitamente, convidar os tribunais nacionais a serem razoáveis na aplicação desta norma, prestando atenção à realidade da vida económica. E foi isso que fizeram.

As trocas comerciais nem sempre – ou raramente – têm em conta a terminologia adotada numa lei, nem se preocupam em seguir a lógica que o legislador achou que estava subjacente a essas trocas. É prática corrente no mercado fixar-se um preço de tabela relativamente elevado e determinar o preço real para cada cliente através de um desconto variável. E o que se chama a esse desconto é irrelevante do ponto de vista económico e contabilístico.

---

<sup>14</sup> Processo n.º 33/16.5T8ARC.

Se a lei diz que só são admissíveis descontos de quantidade, financeiros ou promocionais, faz sentido que se diga, como entende a ASAE, que os documentos apresentados têm de permitir determinar a natureza ou fundamentos dos descontos, caso contrário não podem ser tidos em conta. Mas os tribunais discordam.

Encontramos uma expressão clara da posição que tem sido aplicada, na prática, pelos tribunais de 1ª instância na seguinte afirmação: *“desde que seja possível relacionar o produto, o preço e a transação, por forma a apurar-se o preço unitário, todos os descontos indicados, direta ou indiretamente, na própria fatura relativamente a determinado produto, podem ser considerados como descontos de quantidade”*<sup>15</sup>.

Ou seja, os tribunais têm entendido que se podem e devem ter em conta todos os descontos expressos em documentos de suporte, mesmo que estes se encontrem descritos como: “descontos comerciais”<sup>16</sup>; “Desc. Qte.”<sup>17</sup>; “desconto”<sup>18</sup>; “rappel”, “dto. Promocional” e “roturas”<sup>19</sup>; “desconto base”, “desconto cliente” e “outros descontos”<sup>20</sup>; etc.

Uma posição fundamental que subjaz a esta linha jurisprudencial é a de que *“não [pode] à arguida ser imputada a forma como o fornecedor espelha na sua própria contabilidade e faturação o preço negociado com esta”*<sup>21</sup>. No caso em que esta afirmação foi feita, o retalhista provara que negociara um determinado preço de compra com o fornecedor, mas a ASAE desconsiderara o preço indicado no contrato, porque a fatura do fornecedor expressava esse preço através de vários tipos de descontos (aleadamente, não atendíveis).

---

<sup>15</sup> Processo n.º 3200/15.5T8PNF.

<sup>16</sup> Processos n.ºs 767/16.4T8CLD e 2494/14.8ECLSB.

<sup>17</sup> Processo n.º 331/15.5EAPRT.

<sup>18</sup> Processos n.ºs 2209/16.6T8VNF, 119/16.6T8OVR e 212/16.5T9AMT.

<sup>19</sup> Processo n.º 119/16.6T8OVR.

<sup>20</sup> Processo n.º 3200/15.5T8PNF.

<sup>21</sup> Processo n.º 3107/14.3ECLSB.

Deve ser aplaudida a solução judicial, pelo seu sentido de justiça e constitucionalidade. Não se pode responsabilizar o retalhista por um facto que está fora do seu controlo e é da responsabilidade do fornecedor.

Note-se que, em todos estes casos, o preço de venda era superior ao preço de compra real (incluídos todos os descontos), levando à anulação das contraordenações impostas. O que significa que o DL 166/2013 levava à imposição de contraordenações por “vendas com prejuízo” em que houvera lucro e o “prejuízo” existia apenas como ficção legal. O choque dos tribunais com esta situação foi expresso, nomeadamente, na seguinte pronúncia:

*“tendo por referência o homem médio, resulta, salvo o devido respeito, incompreensível que, partindo do teor das faturas em causa nos presentes autos, onde com meridiana clareza constam os descontos e taxa aplicadas, possibilitando alcançar o preço unitário dos produtos em causa, tal tenha sido desconsiderado pela Autoridade administrativa. O que é tanto mais relevante, quanto da consideração ou desconsideração de tais descontos expressa e de forma inteligível referidos nas faturas, o «preço de compra efetivo» deixe de ser inferior ao preço de venda, para passar a ser superior, o que constitui contraordenação”<sup>22</sup>.*

Resulta do que antecede que, tal como o artigo 5.º do DL 166/2013 tem vindo a ser aplicado pelos tribunais nacionais:

- (i) O “preço de compra efetivo” deve ser calculado tendo em conta todos os tipos de descontos, independentemente do modo como forem expressos, desde que seja possível relacionar esse desconto com a transação do produto em causa; e
- (ii) Devem ser tidos em conta descontos previstos em comunicações entre as empresas posteriores à compra ou até à venda, nomeadamente por email ou em notas de crédito<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Processo n.º 119/16.6T8OVR.

<sup>23</sup> Processos n.ºs 212/16.5T9AMT e 2209/16.6T8VNF. A necessidade de ter em conta estes documentos é também reconhecida na prática da ASAE. O processo n.º 2209/16.6T8VNF discutiu ainda a aplicação do regime mais favorável em contexto de sucessão de leis e parece ter aberto a porta a uma questão problemática, que não foi discutida no processo. A nota de crédito em causa, que foi tida em conta para cálculo do preço de compra efetivo, parece ter sido emitida após a data da inspeção da ASAE. A admissibilidade de notas de crédito posteriores a inspeções suscita um óbvio risco de fraude à lei, permitindo a obtenção *a posteriori* de

Apesar de se saber que o artigo 5.º do DL 166/2013 visava, na ótica do legislador, impedir o que se entendia ser concorrência “injusta” entre os grandes e os pequenos retalhistas, o regime é igualmente aplicável a todos, e tem, efetivamente, sido aplicado a PME, que acabam por praticar muito frequentemente vendas com prejuízo, no sentido em que tal tem vindo a ser interpretado pela ASAE. Mas alguns tribunais têm-se mostrado especialmente relutantes em aceitar a aplicação da proibição de vendas com prejuízo a PME, seguindo uma abordagem distinta da que encontramos na lei:

*“mal se compreende como um mini-mercado (...) se poderia dar ao luxo de vender produtos com prejuízo, não tendo uma superfície comercial tão grande, com venda de muitos produtos, onde lhe fosse possível compensar a eventual venda de produtos com prejuízo”<sup>24</sup>.*

Suscitaram-se preocupações de justiça e equidade quanto ao regime decorrente do DL 166/2013, também, no único caso em que uma contraordenação por venda com prejuízo foi confirmada judicialmente<sup>25</sup>. Uma PME foi condenada por oferecer para venda um pacote de duas garrafas de vinho a um preço unitário promocional (“L2P1”) de 3,98 EUR, com um preço de compra efetivo de 5,85 EUR. Foi-lhe aplicada uma contraordenação de 50.000 EUR, que o tribunal reduziu para 3.000 EUR, o mínimo legalmente permitido, dando a entender a vontade de fixar valor menor, se tal lhe fosse possível (e talvez fosse, por via do direito constitucional). Com efeito, mesmo uma contraordenação de 3.000 EUR, neste caso, parecia manifestamente desproporcional<sup>26</sup>.

---

notas de crédito de fornecedores para afastar a verificação de vendas com prejuízos reais que tenham sido detetadas pela ASAE.

<sup>24</sup> Processo n.º 212/16.5T9AMT.

<sup>25</sup> Processo n.º 33/16.5T8ARC.

<sup>26</sup> O tribunal realçou que se tratava de uma prática isolada, não existiam antecedentes contraordenacionais, o retalhista tinha muito poucos pacotes à venda (alegou-se só existir um pacote na loja), a prática tinha pouco impacto e a oferta não podia ser usada como verdadeiro “chamariz aos clientes”, além de não se ter provado que levava a uma vantagem patrimonial.

#### 4. O futuro das PIRC

O acórdão uniformizador de jurisprudência de 14 de maio de 2014 defendeu uma interpretação plausível e lógica do tipo de descontos que se podem ter em conta no cálculo do preço de compra efetivo, para aplicação da proibição das vendas com prejuízo, com um âmbito prático relativamente limitado. Mas entendo que foram os *obiter dicta* deste acórdão, as críticas duras à desrazoabilidade da solução consagrada pelo legislador, que se vieram a revelar o seu mais importante contributo para o futuro da aplicação desta norma do regime PIRC.

Fez-se soar a trompeta da justiça e da razoabilidade económica. E os tribunais de 1ª instância ouviram. As soluções que estes têm vindo a consagrar, invariavelmente, em todos os processos de vendas com prejuízo desde a entrada em vigor do DL 166/2013 vão muito mais longe do que decorria, necessariamente, daquele acórdão. São soluções justas e, em meu entender, até imperativas à luz da nossa ordem constitucional.

Mas não se deve esconder que a sua consequência prática é a drástica reforma do conteúdo desta proibição, por via judicial. Hoje, de acordo com os tribunais, são relevantes todos os descontos, independentemente do modo como são expressos, desde que documentados e relacionados com a transação. Mas isto só assim é se se recorrer para tribunal das contraordenações impostas, fundadas na interpretação administrativa que continua a ser sustentada, mais próxima da letra da lei. E nada garante que se continue a verificar esta interpretação jurisprudencial uniforme, já que cada juiz é livre de entender que a lei não lhe permite espaço de manobra.

Um Estado de Direito não pode conviver bem com tal realidade. Note-se a consequência especialmente perversa de se impor, por força da prática administrativa, uma maior restrição de comportamento e coimas apenas aos pequenos operadores económicos (que supostamente se visava proteger), que tenderão a não conhecer esta jurisprudência e a não recorrerem para tribunal.

Para a ASAE, esta interpretação judicial continua a não ser reconciliável com a letra da lei. Porque os acórdãos uniformizadores de jurisprudência não são vinculativos, muito menos das autoridades administrativas, a ASAE fica numa posição difícil, entre a legalidade e a gestão racional dos seus recursos limitados. A sua vinculação ao princípio da legalidade significa que deve garantir o cumprimento das normas. O que deve a administração fazer se os tribunais sistematicamente adotam uma interpretação da norma difícil de reconciliar com a sua letra?

Numa ótica estritamente *de jure condito*, diria que está na altura de desistir da aplicação da norma das vendas com prejuízo<sup>27</sup>. No mínimo, esta deve tornar-se uma baixa prioridade, invertendo o paradigma atual. E isto porque raramente se verificam vendas com reais prejuízos, que passem no crivo do controlo judicial. E porque as contraordenações potencialmente aplicadas com sucesso tendem a afetar, desproporcional e injustamente, justamente as micro e pequenas empresas que o regime foi criado para proteger.

A administração tem, assim, uma oportunidade para repensar a sua abordagem ao regime das PIRC e reorientar a sua atenção, prioritariamente, para outras das suas proibições.

É certo que algumas não se prestam, de todo ou especialmente, ao *enforcement*.

A *proibição de condições de venda discriminatórias* – artigo 3.º(1) –, outrora aplicada com alguma frequência, foi tornada inaplicável, na prática, pelo DL 166/2013, que estabelece que só preenchem este tipo as práticas que também violem o direito da concorrência. Isto significa que a ASAE só se sentirá em condições de aplicar esta norma, de modo seguro, se a AdC já tiver adotado uma decisão sobre a mesma prática, o que já de si será muito raro. Acresce que, nesses casos, suscitar-se-ão quase sempre problemas intransponíveis de prescrição e dúvidas sobre a violação do princípio *ne bis in idem*.

---

<sup>27</sup> Parte deste artigo não é aplicado, já hoje, por impossibilidade prática criada pela letra da lei – é o caso do n.º 5, sobre os descontos em cartão.



A sanção por *falta de apresentação de tabelas de preços* – artigo 4.º(1) e (2) – até já tem sido aplicada, mas não estou certo que os seus requisitos se tivessem sempre verificado. Esta proibição só é violada se for recusada esta informação a um “revendedor ou utilizador”, quando estes a solicitem. A não prestação por solicitação da ASAE não viola esta norma (embora possa violar outras), o que significa que a administração só pode aplicar a disposição mediante queixas de clientes a este respeito. A isto acresce que algumas exigências de detalhe de informação são inoperantes, por se poder contrapor “segredo comercial”. Acima de tudo, com estas condicionantes, não parecem ser proibições especialmente suscetíveis de conduzirem a efeitos benéficos nos mercados.

Também a aplicação da proibição de *recusa de venda ou de prestação de serviços* – artigo 6.º(1) – e de algumas práticas negociais abusivas – e.g., artigo 7.º(1)(b), (c) e (e) – estará, normalmente, dependente de queixas.

Mas outras há com um potencial significativo, tanto em termos de viabilidade prática da sua aplicação, como em termos de eventuais efeitos positivos sobre os mercados.

A *obrigação de redução a escrito de condições comerciais* – artigo 4.º(3) – é, rotineiramente, violada nas trocas comerciais nacionais. Algumas destas violações fundam-se, pelo menos em parte, em objetivos de obscurecer detalhes de relações comerciais que incluem elementos que poderão, eventualmente, ser censuráveis à luz da legislação aplicável. Ouvem-se frequentemente queixas de pequenos fornecedores segundo as quais as condições com que, por vezes, se vêm confrontados, na realidade, não são as que constam dos contratos. Uma política de *enforcement* agressivo em torno desta norma poderia obrigar a trazer à luz a realidade de algumas práticas comerciais e, assim, dissuadi-las e permitir um maior grau de proteção dos pequenos operadores a quem são impostas. Isto dito, deve notar-se que a explicação do facto de esta norma nunca ter sido aplicada não pode deixar de passar pela falta de denúncias oficiais e por receios e uma cultura empresarial que dificultam seriamente a missão da administração.

Outra prática extremamente comum nos nossos mercados, e que prejudica seriamente os consumidores, é a do “*pure bundling*”, proibida no artigo 6.º(2). A identificação destas práticas não está sempre dependente de queixa, já que muitas vezes decorre do próprio modo como os produtos/serviços são oferecidos no mercado. A virtude económica da proibição pode ser posta em causa pelo seu âmbito excessivamente amplo (e.g., proíbe-se a oferta conjunta exclusiva de quaisquer bens ou serviços, mesmo que exista alternativa), mas uma aplicação prudente da norma poderia evitar situações de manifestos abusos de poder económico que não têm sido alvo de decisões das autoridades da concorrência (*maxime*, em mercados secundários).

Por último, algumas das *práticas negociais abusivas* proibidas pelo artigo 7.º(1) e (3) são muito comuns e relativamente fáceis de identificar. Não será desrazoável afirmar-se que não existe, sequer, uma perceção básica entre os nossos agentes económicos da ilegalidade de alguns dos comportamentos que aqui são elencados. Pense-se, por exemplo, na proibição de cláusulas de “nação mais favorecida” (artigo 7.º(1)(a))<sup>28</sup>, ou da obtenção de contrapartidas por promoções em curso ou já ocorridas (artigo 7.º(1)(d)).

Mas passemos além da perspetiva *de jure condito*, porque é ao legislador que a presente situação e o historial de *enforcement* do regime PIRC coloca o maior desafio.

É imperativo rever a redação arcaica da proibição das vendas com prejuízo, desajustada da realidade das trocas comerciais e, mais do que incapaz de produzir os efeitos pretendidos, geradora de efeitos nefastos precisamente sobre aqueles que se visava proteger. Não se pode permitir a continuação de leis – bem e justamente – desaplicadas pelos tribunais. As “vendas com prejuízo”, tal como as conhecíamos, morreram. Será que se justifica ressuscitá-las, noutra formato?

---

<sup>28</sup> Foram adotadas recentemente várias decisões de autoridades de concorrência de outros Estados-membros que identificaram estas cláusulas no setor hoteleiro, nos contratos celebrados por plataformas *online*.

As vendas com prejuízo morreram. Vivam as vendas com prejuízo?

*Miguel Sousa Ferro*

---

O regime das PIRC – designadamente a sua mais recente reforma – foi largamente influenciado pelos grandes fornecedores, e são estes os seus grandes beneficiários. Estará, talvez, na altura de voltar à estaca zero e repensar os efeitos económicos e a desejabilidade de todas estas proibições. Muitas delas assentam em lógicas económicas que são expressamente contraditadas pelo direito da concorrência, num exercício de esquizofrenia legislativa. Outras continuam a fazer sentido, mas precisam de ser melhoradas.