

As vendas com prejuízo morreram – Parte II: o TJUE matou-as

Miguel Sousa Ferro ()*

*Rodrigo da Rocha Correia (**)*

1. Introdução
2. As vendas com prejuízo e a livre circulação de mercadorias
3. O TJUE e a Diretiva sobre práticas comerciais desleais
 - 3.1. Antecedentes
 - 3.2. Caso Euronics Belgium
 - 3.3. Caso Europamur Alimentación
4. Impacto na proibição das vendas com prejuízo em Portugal
5. Conclusão

* 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.

** Estudante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Email: rodrigo.correia10378@gmail.com.

1. Introdução

Num artigo publicado nesta mesma Revista, em julho de 2017¹, descreveu-se o notável exemplo de ativismo judicial do STJ e de vários tribunais de primeira instância, que intervieram para corrigir uma lei injusta e repor o bom senso na regulação dos mercados, alterando drasticamente os parâmetros da aplicação da proibição das vendas com prejuízo (artigo 5.º do regime das práticas individuais restritivas do comércio²)³.

Nesse artigo, mostrou-se que as vendas com prejuízo em Portugal se tornaram praticamente letra morta, e defendeu-se que estava na altura de desistir da aplicação desta norma, enquanto não se verificasse uma reforma legislativa.

Agora que o Ministério da Economia está a ponderar uma nova revisão do Decreto-Lei n.º 166/2013, e sem prejuízo de todos os motivos económicos para a eliminação da proibição da venda com prejuízos, sobre os quais outros poderão falar com autoridade, é o momento certo para chamar a atenção do legislador e da sociedade em geral para **desenvolvimentos jurisprudenciais europeus** relativamente recentes, que passaram largamente despercebidos, e que parecem implicar a definitiva morte de facto, senão *de jure*, da venda com prejuízo, em todos os Estados-membros da União Europeia.

2. As vendas com prejuízo e a livre circulação de mercadorias

Para se compreender a importância dos recentes acórdãos do TJUE sobre esta temática, é necessário recuar no tempo, até ao momento em que o Tribunal foi confrontado, pela primeira

¹ Sousa Ferro, M., “As vendas com prejuízo morreram. Vivam as vendas com prejuízo?”, *Julgar Online*, 2017, disponível em: <http://julgar.pt/as-vendas-com-prejuizo-morreram-vivam-as-vendas-com-prejuizo/>.

² 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). As versões anteriores da proibição da venda com prejuízo encontravam-se nos seguintes diplomas: artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de agosto, revisto pelo Decreto-Lei n.º 73/94, de 3 de março; e no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro, revisto pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de maio, e pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

³ Concretamente, os tribunais impuseram uma interpretação abrogativa, donde resulta que qualquer tipo de desconto, independentemente da sua natureza ou do modo como é indicado, pode ser tido em conta para calcular o “preço de compra efetivo” e determinar se se verificou uma venda com prejuízo. Afastou-se, assim, a ficção legal de preços de compra e limitou-se a punição desta prática a situações em que o preço de venda seja efetivamente inferior ao real preço de compra. Porque a ASAE insistiu, desde 2014, em se manter fiel à letra da lei, viu 8 em 9 contraordenações recorridas anuladas. A única que foi confirmada foi a única em que não se discutiam descontos, e a entidade sancionada era uma PME. Nesse caso, o Tribunal reduziu a contraordenação de 50.000 para 3.000 EUR, lamentando que este fosse o limite mínimo da lei.

vez, com uma questão sobre uma proibição de venda com prejuízo, no âmbito de uma questão prejudicial sobre a interpretação das regras do Tratado sobre a livre circulação de mercadorias: o caso *Keck*⁴.

Esse caso tem de ser colocado no seu devido contexto. Em *Dassonville*, o TJUE tinha adotado uma definição extremamente ampla do conceito de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas às importações de outros Estados-membros⁵. Em resultado, toda e qualquer norma de um EM que tivesse um impacto, ainda que meramente potencial e indireto, sobre o comércio intracomunitário ficava sujeita à proibição de restrições à livre circulação de mercadorias.

Demorou algum tempo até as consequências dessa jurisprudência se materializarem plenamente. Mas, no início da década de 90, o TJUE já estava a ser chamado a controlar a justificação e proporcionalidade de virtualmente todas as regras de direito nacional que afetassem o comércio de bens. *Keck* foi a gota que fez transbordar o copo.

Neste caso, os advogados dos recorrentes em dois processos perante tribunais franceses alegaram que a proibição das vendas com prejuízo violava o Tratado. Se tivesse aplicado a fórmula *Dassonville*, o TJUE teria sido obrigado a identificar os interesses públicos defendidos pela proibição e a decidir se esta restringia desproporcionalmente a livre circulação de mercadorias entre EMs. Ambas essas tarefas prometiam ser politicamente sensíveis e potencialmente embaraçosas.

Num momento que ficou para a história da jurisprudência europeia, o TJUE admitiu abertamente que estava a mudar de posição e afirmou que as regras não discriminatórias sobre modalidades de venda (e não sobre características dos produtos) não são suscetíveis de entravar o comércio entre EMs e não caem no âmbito da proibição do atual artigo 34.º TFUE⁶.

⁴ Acórdão de 24 de novembro de 1993, *Keck*, C-267/91 e C-268/91, EU:C:1993:905.

⁵ Acórdão de 11 de julho de 1974, *Dassonville*, 8/74, EU:C:1974:82.

⁶ Acórdão *Keck*, cit., n.ºs 14, 16 e 17: “Dado que os operadores económicos invocam cada vez mais frequentemente o artigo 30.º do Tratado para impugnar qualquer tipo de regulamentação que tenha por efeito limitar a sua liberdade comercial, mesmo que não abranja os produtos provenientes de outros Estados-membros, o Tribunal de Justiça considera necessário reexaminar e precisar a sua jurisprudência na matéria”; “... impõe-se considerar que, contrariamente ao que até agora foi decidido, a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda a produtos provenientes de outros Estados-membros não é suscetível de entravar direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, o comércio intracomunitário na aceção da jurisprudência *Dassonville* (...), desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua

O Tribunal não estava a afirmar que estas medidas não tinham efeito nas trocas entre EMs. Pelo contrário, reconheceu expressamente esse efeito⁷. *Keck* foi, acima de tudo, uma decisão necessária para garantir o equilíbrio constitucional no seio da Comunidade, impedindo que os Estados-membros fossem confrontados, sem o seu consentimento, com um extraordinário alargamento dos poderes da CE para controlar legislação nacional em áreas onde não se verificara qualquer transferência expressa de poderes soberanos.

É importante ter em mente esta atitude do Tribunal ao analisarmos os desenvolvimentos jurisprudenciais dos últimos anos. Algo de decisivo mudou entre a década de 90 e os acórdãos que vieram impor limites do direito europeu à possibilidade de os EMs regularem a venda com prejuízo. O principal novo elemento foi a Diretiva 2005/29/CE sobre práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores⁸.

3. O TJUE e a Diretiva sobre práticas comerciais desleais

3.1. Antecedentes

A Diretiva 2005/29/CE estabeleceu um quadro legal destinado à transposição por parte dos EMs com o objetivo de aproximar “*as legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indiretamente os interesses*

atividade no território nacional e desde que afetem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros. Com efeito, desde que essas condições se encontrem satisfeitas, a aplicação de regulamentações desse tipo à venda de produtos provenientes de outro Estados-membro que obedecem às regras aprovadas por esse Estado não é suscetível de impedir o seu acesso ao mercado ou de o dificultar mais do que dificulta o dos produtos nacionais. Essas regulamentações escapam, portanto, ao âmbito de aplicação do artigo 30.º do Tratado.”

⁷Acórdão *Keck*, cit., n.º 13: “É verdade que essa legislação é suscetível de restringir o volume das vendas e, por conseguinte, o volume das vendas de produtos importados de outros Estados-membros, na medida em que priva os operadores de um método de promoção”.

⁸ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (JO L 149/22, 11/06/2005) (adiante, Diretiva 2005/29/CE).

Já existiam, anteriormente, e continuam a existir Diretivas que regulam práticas próximas ou relacionadas, mas estas permitem que os EMs imponham normas mais exigentes - cfr., *maxime*: a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa (JO L 250/17, 19/09/1984), entretanto substituída pela Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa (JO L 376/21, 27/12/2006).

económicos de concorrentes legítimos. De acordo com o princípio da proporcionalidade, a presente diretiva protege os consumidores das consequências de tais práticas comerciais desleais se estas forem substanciais, reconhecendo embora que, em alguns casos, o impacto sobre os consumidores pode ser negligenciável. Não abrange nem afeta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais”⁹.

O TJUE teve oportunidade de se pronunciar acerca desta Diretiva em diversos casos¹⁰, clarificando desconformidades entre disposições nacionais que proibiam uma prática comercial das empresas face aos consumidores e o diploma europeu em causa.

O caso *VTB-VAB e Galatea*¹¹ teve como objeto a proibição de ofertas conjuntas no ordenamento jurídico belga¹². O TJUE começou por identificar a prática em causa como prática comercial nos termos do artigo 2.º(d) da Diretiva 2005/29/CE, verificando que o âmbito subjetivo da norma assentava na relação entre empresas e consumidores. Assim sendo, concluiu tratar-se de uma proibição inserida no âmbito de aplicação da Diretiva, à qual se teria de conformar.

O grande contributo deste caso surgiu com a resposta do TJUE à argumentação do Governo francês de que o regime da Diretiva em causa não impede os EM de, *“para melhor protegerem os consumidores, proibirem outras práticas, tais como as ofertas conjuntas, independentemente do seu carácter desleal na aceção da diretiva”*. Ora, a este argumento o TJUE respondeu que a Diretiva procede a uma harmonização completa das regras relativas às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores e que o EM não pode adotar medidas mais restritivas que as definidas pela Diretiva, mesmo para alcançarem um grau mais elevado de proteção dos consumidores¹³. A harmonização total referida leva-nos à conclusão de que, se

⁹ Diretiva 2005/29/CE, considerando 6.

¹⁰ Acórdão de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB e Galatea*, C-261/07 e C-299/07, EU:C:2009:244; Acórdão de 14 de janeiro de 2010, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, C-304/08, EU:C:2010:12; Despacho de 30 de junho de 2011, *Wamo*, C-288/10, EU:C:2011:443.

¹¹ Acórdão de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB e Galatea*, C-261/07 e C-299/07, EU:C:2009:244.

¹² Artigo 54.º da Lei de 14 de julho de 1991 sobre as práticas comerciais e sobre a informação e protecção dos consumidores (*Wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument*; *Belgisch Staatsblad* de 29 de agosto de 1991.

¹³ Acórdão de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB e Galatea*, C-261/07 e C-299/07, EU:C:2009:244; ponto 52.

a prática em causa, segundo o artigo 5.º(5) da Diretiva, não estiver prevista no anexo I, esta não pode ser alvo de uma proibição genérica sem a possibilidade de uma avaliação casuística do seu carácter desleal segundo as regras dos artigos 5.º a 9.º da Diretiva. Assim, decidiu-se que a presunção de ilegalidade de uma prática deste tipo não satisfaz as exigências da Diretiva e é, portanto, contrária a esta.

O caso *Plus*¹⁴, relativo a uma proibição genérica, prevista numa norma alemã¹⁵, no âmbito da sujeição do consumidor num concurso ou jogo à aquisição de um bem ou serviço, se o jogo ou concurso e o bem ou serviço não estiverem por natureza ligados, levou o TJUE a seguir os mesmos critérios analíticos definidos em *VTB-VAB e Galatea*.

Porém, neste caso, o Tribunal foi confrontado com um novo argumento adiantado pelos Governos checo e austríaco, que consistia na exclusão do âmbito de aplicação da Diretiva de disposições que, proibindo determinada prática comercial das empresas face aos consumidores, têm por objetivo principal, não a proteção dos consumidores, mas apenas dos concorrentes contra práticas comerciais desleais postas em execução por certos operadores económicos. O argumento baseava-se no facto de que a Diretiva aproxima as legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores, e tem como objetivo principal a proteção dos consumidores. Sendo este o seu âmbito de aplicação, as disposições de leis nacionais que não tenham como objetivo proteger os consumidores extravasariam o âmbito da Diretiva. O TJUE acolheu o argumento em abstrato, mas não o considerou procedente no caso concreto: *“a Diretiva 2005/29 distingue-se por um âmbito de aplicação material especialmente amplo, que se estende a qualquer prática comercial que tenha uma ligação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores. Assim, só ficam excluídas do referido âmbito de aplicação, conforme resulta do sexto considerando da Diretiva, as legislações nacionais relativas a práticas*

¹⁴ Acórdão de 14 de janeiro de 2010, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, C-304/08, EU:C:2010:12.

¹⁵ §9a da Lei federal contra a concorrência desleal de 1984 (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984*; BGBl. I, 448/1984), na versão constante do BGBl. I, 136/2001.

comerciais desleais que prejudiquem «apenas» os interesses económicos de concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais»¹⁶.

A Diretiva de 2005 procedeu à harmonização completa das legislações dos EMs da União Europeia no âmbito das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, não deixando espaço ao legislador nacional para proteger “mais” o consumidor através de proibições genéricas de outras práticas não previstas no anexo I da Diretiva. Assim, para existir oposição e consequente incongruência, no entendimento do TJUE expresso na jurisprudência citada *supra*, entre as disposições nacionais e a Diretiva 2005/29/CE, deverá estar em causa uma norma de um EM que contem uma proibição genérica de uma prática comercial das empresas face aos consumidores, definida segundo o artigo 2.º(d) da Diretiva, e que tenha como *ratio* a proteção dos consumidores, ainda que essa não seja a sua exclusiva finalidade.

3.2. Caso Euronics Belgium¹⁷

O desenvolvimento jurisprudencial europeu parecia indicar a morte de todas as proibições de práticas comerciais não constantes do anexo I da Diretiva 2005/29, quando não fosse permitida a aferição casuística da sua deslealdade. Se dúvidas havia quanto ao caso específico da venda com prejuízo, o caso *Euronics Belgium* eliminou-as por completo.

O TJUE foi perentório ao decidir este caso por despacho, considerando que a resposta à questão prejudicial apresentada pelo Tribunal belga, relativa a uma norma que proibia *per se* a venda com prejuízo¹⁸, já decorria de acórdãos anteriores¹⁹. Considerou o TJUE que “*as vendas com prejuízo, como as que estão em causa no processo principal, que funcionam, como realça o órgão jurisdicional de reenvio, como um anúncio, têm por objetivo atrair os consumidores aos locais de venda dos comerciantes e incitálos à compra. Inscrevem-se claramente no quadro da estratégia comercial de um operador e visam diretamente a promoção e o escoamento das suas*

¹⁶ Acórdão de 14 de janeiro de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C-304/08, EU:C:2010:12; pontos 21 e 22 (nosso sublinhado).

¹⁷ Despacho de 7 de março de 2013, Euronics Belgium, C-343/12, EU:C:2013:154.

¹⁸ Artigo 101.º(1)(§1) da Lei de 6 de abril de 2010 sobre as práticas comerciais e a defesa dos consumidores.

¹⁹ *Supra*, ponto 3.1.

vendas. Daqui resulta que constituem práticas comerciais na aceção do artigo 2.º, alínea d) da Diretiva e, por consequência, estão abrangidas pelo âmbito de aplicação material desta²⁰.

Assim, verificando-se que a disposição belga se referia a vendas com prejuízo no âmbito da relação entre as empresas e consumidores, e que tinha como alvo de tutela os consumidores, como resultava do próprio reenvio prejudicial apresentado ao TJUE²¹, o Tribunal concluiu que **as vendas com prejuízo não podem ser proibidas em abstrato, mas apenas na sequência de uma análise específica que permita demonstrar o seu caráter desleal no caso concreto.**

3.3. Caso *Europamur Alimentación*²²

No caso *Europamur Alimentación*, estava em causa a legalidade de uma sanção administrativa aplicada à *Europamur*, devido a uma violação da proibição de venda com prejuízo prevista na legislação espanhola em matéria de comércio retalhista²³. É uma decisão semelhante às anteriores, em que o TJUE reafirma que a venda com prejuízo não pode ser proibida sem que seja realizada uma avaliação casuística do caráter desleal da prática, com base nos critérios dos artigos 5.º a 9.º da Diretiva 2005/29/CE.

A novidade deste acórdão de 2017 assenta no facto de estarmos aqui na presença de uma prática comercial entre empresas (*B2B*), e não entre empresa e consumidores (*B2C*). Assim, seria de esperar que o Tribunal reproduzisse o que afirmou no caso *Plus* e em jurisprudência já analisada, seguindo o considerando 6 da Diretiva, de acordo com a qual a prática não estaria abrangida pela Diretiva por não ser uma prática das empresas face aos consumidores (*B2C*), e os EMs seriam livres de proibir essa prática.

Um dos aspetos interessantes do acórdão é que tanto o Governo espanhol como a própria Comissão Europeia tentaram impedir que o Tribunal se pronunciasse, argumentando que, por o caso concreto dizer respeito a uma situação *B2B*, o caso concreto saía fora do âmbito da Diretiva²⁴. Assim, à partida, o esclarecimento do direito europeu seria irrelevante para o caso

²⁰ Despacho de 7 de março de 2013, *Euronics Belgium*, C-343/12, EU:C:2013:154, ponto 22.

²¹ Despacho de 7 de março de 2013, *Euronics Belgium*, C-343/12, EU:C:2013:154, ponto 13.

²² Acórdão de 19 de outubro de 2017, *Europamur Alimentación*, C-295/16, EU:C:2017:782.

²³ Artigo 14.º da Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM).

²⁴ Acórdão de 19 de outubro de 2017, *Europamur Alimentación*, C-295/16, EU:C:2017:782, pontos 26 e 27.

concreto. Mas o Tribunal discordou e decidiu responder ao tribunal nacional. Fê-lo com base na ideia de que o artigo 14.º da LOCM, que proíbe a venda com prejuízo no comércio retalhista, transpõe a Diretiva, e que, embora tenho um âmbito mais amplo que esta, a solução normativa imposta deve ser interpretada de modo homogêneo, em conformidade com a Diretiva, sob pena de se dar à mesma norma conteúdos diferentes consoante estejam em causa relações *B2C* ou *B2B*²⁵.

No passo seguinte, o TJUE reafirmou a jurisprudência *Euronics Belgium*, e concluiu que a disposição nacional em causa visava proteger os consumidores. O próprio tribunal nacional afirmara que essa finalidade era prosseguida mesmo numa situação de vendas *B2B*. A sanção aplicada no caso concreto também fora justificada pela administração, em parte, com a necessidade de proteger os consumidores. Ao proibir-se a venda com prejuízo entre empresas, tem-se (também) por objetivo a proteção (indireta) dos consumidores, que seriam alegadamente prejudicados pelos subsequentes efeitos negativos destas práticas na estrutura do mercado. Uma vez estabelecido este ponto, decorria necessariamente a incompatibilidade desta disposição nacional com a Diretiva, por ser uma proibição absoluta, sem margem para aferição casuística da deslealdade²⁶.

Em nosso entender, a decisão do TJUE foi surpreendente. No fundo, o Tribunal disse que a Diretiva não regula apenas as situações *B2C*, como decorre da letra do seu âmbito de aplicação, mas também as situações *B2B*, quando ambas situações são abrangidas pela mesma norma (que transpõe a Diretiva) e esta tem por objetivo, pelo menos em parte, a proteção dos consumidores. Sai assim reforçado o grau de harmonização total das regras sobre práticas comerciais desleais das empresas, numa importante restrição da soberania dos EMs que contrasta drasticamente com a atitude do TJUE no já longínquo caso *Keck*. De acordo com o TJUE, pelo menos no caso de uma norma nacional que se aplica, em simultâneo, às relações *B2C* e *B2B*, os EMs não podem proibir *per se* as vendas com prejuízo. Só podem proibir as vendas com prejuízo que se demonstre terem, no caso concreto, um efeito desleal face aos consumidores, de acordo com os parâmetros definidos na Diretiva 2005/29/CE.

²⁵ Acórdão de 19 de outubro de 2017, *Europamur Alimentación*, C-295/16, EU:C:2017:782, pontos 29 a 32.

²⁶ Acórdão de 19 de outubro de 2017, *Europamur Alimentación*, C-295/16, EU:C:2017:782, pontos 34 a 42.

4. Impacto na proibição das vendas com prejuízo em Portugal

O artigo 5.º(1) do Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro (regime das práticas individuais restritivas do comércio) proíbe, genérica e absolutamente, as vendas com prejuízo, no âmbito de relações *B2C* e *B2B*, sem deixar margem para uma aferição do carácter desleal da prática no caso concreto. Trata-se de uma disposição semelhante às disposições belga e espanhola que já foram apreciadas pelo TJUE nos acórdãos *Euronics Belgium* e *Europamur Alimentación*. Tal como essas disposições, esta norma, na sua atual redação, não é compatível com a Diretiva 2005/29/CE.

A única dúvida que se poderia suscitar, que poderia afastar esta conclusão de incompatibilidade, seria saber se o artigo 5.º(1) do DL 166/2013 tem, efetivamente, por finalidade, ainda que indireta ou parcial, a proteção dos consumidores. Ora, não parece provável nem razoável que o Estado português venha a alegar que esta proibição não promove, de todo, a proteção dos consumidores. Tal implicaria admitir que se trata de uma intervenção pública na economia que visa reduzir a concorrência nos mercados e prejudicar os consumidores, aumentando os preços que estes têm de pagar e transferindo essa utilidade económica para os produtores e retalhistas. Seria, no mínimo, uma afirmação politicamente inconveniente.

Os preâmbulos dos sucessivos diplomas nacionais que proibiram a venda com prejuízo começaram por ser claros no sentido do objetivo da proteção dos consumidores, mas tornaram-se depois mais vagos a esse respeito²⁷. Não obstante, a abordagem do TJUE não se tem limitado à identificação dos objetivos explicitamente indicados nos preâmbulos dos diplomas nacionais, antes procurando identificar a *ratio* e teleologia das normas com base numa visão de conjunto

²⁷ O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de agosto, revisto pelo Decreto-Lei n.º 73/94, de 3 de março (revogado pelo DL 140/98) referia como objetivos da adoção destas normas (incluindo o seu artigo 14.º) o favorecimento de “*uma sadia concorrência e uma transparência de mercado*”; “[s]ob um outro ângulo convirá igualmente prevenir actuações que, aparentemente benéficas para o consumidor, se revelam, afinal, como nocivas, retirando-lhe, inclusive, o estatuto dinâmico que lhe cabe no interior do sistema económico”. No Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de maio, o preâmbulo refere-se a este regime como um “*instrumento de repressão de comportamentos que impeçam uma concorrência leal entre as empresas*”. Mas descreve a venda com prejuízo como “*uma prática exclusivamente lesiva dos interesses dos agentes económicos*”. Já o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 166/2013 afirma que tutela “*a transparência nas relações comerciais e o equilíbrio das posições negociais entre agentes económicos... fundamentais para a concretização de desígnios constitucionais como os do direito fundamental à livre iniciativa económica e da garantia da equilibrada concorrência entre as empresas, cabendo ao Estado estabelecer os mecanismos que assegurem o cumprimento e impeçam a distorção destes princípios*”.

da norma em causa, no seu devido contexto sistemático. É pacificamente reconhecido que o propósito constitucional de proteção da livre concorrência tem por objetivo, pelo menos em parte, impedir que os consumidores sejam prejudicados por estruturas de mercado menos competitivas ou por comportamentos anticoncorrenciais.

Assim, não parece razoável concluir-se que a norma portuguesa de proibição da venda com prejuízo não tem por objetivo, pelo menos indireta ou parcialmente, a proteção dos consumidores. Tanto mais que daí resultaria que o direito europeu tratasse de modo diferente normas idênticas de diferentes EMs, consoante o objetivo com que o respetivo legislador nacional a adotou.

Consequentemente, por conter uma proibição de venda com prejuízo, que não permite ao julgador uma avaliação caso a caso para determinar o seu carácter desleal, o artigo 5.º do DL 166/2013 viola o Direito da União Europeia.

Os acórdãos *supra* discutidos, apesar de terem passado latamente despercebidos (para o que contribuiu o próprio Tribunal, ao decidir o caso *Euronics Belgium* por despacho) têm três principais consequências.

Primeiro, os princípios do primado do direito europeu e da cooperação leal obrigam o juiz nacional e a Administração nacional (e.g., a ASAE) a desaplicar a norma interna na medida em que contraria o direito europeu, tal como este já foi esclarecido pelo TJUE²⁸. As autoridades administrativas nacionais só podem aplicar o artigo 5.º do DL 166/2013, e as autoridades judiciais só podem confirmar essa aplicação, se ficar provado o carácter desleal, no caso concreto, da venda com prejuízo em causa, de acordo com os artigos 5.º a 9.º da Diretiva 2005/29/CE.

²⁸ Acórdão de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, processo 106/77, cit, nº 17: “por força do princípio do primado do direito comunitário, as disposições do Tratado e os actos das instituições directamente aplicáveis têm por efeito, nas suas relações com o direito interno dos Estados-membros, não apenas tornar inaplicável de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, mas também — e dado que tais disposições e actos integram, com posição de precedência, a ordem jurídica aplicável no território de cada um dos Estados-membros — impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais, na medida em que seriam incompatíveis com normas do direito comunitário.”

Acórdão de 22 de Junho de 1989, *Fratelli Costanzo SpA*, processo 103/88, cit, nº 33: “tal como o juiz nacional, a administração, incluindo a comunal, tem o dever de aplicar as disposições do n.º 5 do artigo 29.º da Directiva 71/305 do Conselho, não aplicando as de direito nacional que com elas não estejam em conformidade.”

Segundo, o legislador nacional está obrigado a restabelecer a legalidade, revendo o artigo 5.º do DL 166/2013 para garantir a sua conformidade com o direito europeu, passando o preenchimento do tipo a ficar dependente da avaliação casuística do caráter desleal da venda com prejuízo. Poder-se-á, eventualmente, discutir a possibilidade de divisão da norma em duas, uma relativa a situações *B2C* e outra para *B2B*, com o objetivo de proceder às alterações dos requisitos do tipo apenas na primeira. Mas mesmo que tal pudesse passar no crivo do TJUE, não é evidente que fosse fácil de sustentar ao nível constitucional e político nacional.

Terceiro, e acima de tudo, a adaptação da proibição da venda com prejuízo às exigências do direito europeu, seja num caso concreto, seja em abstrato pelo legislador, não salvará esta norma da morte certa, em termos de realidade prática. A ASAE, que já tem tido dificuldades para identificar situações de vendas com prejuízo que passem no controlo judicial, passou a ter também o ónus da prova da deslealdade da venda com prejuízo no caso concreto. Tal será extremamente difícil, ou mesmo impossível, consoante a atitude e exigência que venha a ser evidenciada pelos tribunais.

Normalmente, estas práticas não são enganosas, não contêm informações falsas ou que sejam suscetíveis de induzir o consumidor em erro. O outro critério definidor da deslealdade da prática é a sua agressividade, a influência indevida na liberdade de escolha ou no comportamento do consumidor, ou o assédio ou a coação, características que requerem a avaliação de diversos elementos subjetivos relacionados com a transação em causa. O único cenário plausível de impacto desleal destas práticas nos consumidores, que a ASAE poderia vir a procurar demonstrar, é que a venda com prejuízo serviria de chamariz, atraindo clientes à loja que seriam depois induzidos a comprar outros produtos. Mas isso é verdade de todas as promoções, sejam com prejuízo ou não, não bastando para demonstrar deslealdade. Não é evidente o que torna uma venda com prejuízo efetivamente desleal, no sentido da Diretiva, nem que tipo de prova da efetiva produção desse efeito tem de ser apresentada pelas autoridades.

5. Conclusão

A venda com prejuízos já era, virtualmente, letra morta em Portugal, por força do modo como tem vindo a ser aplicada pela ASAE e interpretada pelos tribunais nacionais. Mas a recente jurisprudência do TJUE decretou a morte efetiva desta proibição, tal como a temos vindo a entender.

Caso a ASAE continue a aplicar esta norma, sem uma demonstração de deslealdade no caso concreto, em termos compatíveis com a Diretiva, os tribunais nacionais deverão desaplicar o artigo 5.º do DL 166/2013, na parte em que proíbe o comportamento sem exigir uma apreciação casuística, e declarar a invalidade das decisões que imponham contraordenações por vendas com prejuízo.

Está em curso o processo de revisão do DL 166/2013, pelo Ministério da Economia. Seria importante que o legislador aproveitasse esta oportunidade para restabelecer a legalidade, garantindo o cumprimento das obrigações do Estado português que decorrem da Diretiva 2005/29/CE, contribuindo para a segurança jurídica nas trocas económicas nacionais. Idealmente, este cumprimento do direito europeu seria alcançado pela pura e simples revogação do artigo 5.º. É certo que é possível manter esta norma, alterando-a para exigir a aferição e demonstração da deslealdade no caso concreto, mas tal serviria apenas para obscurecer a verdade: na prática, a venda com prejuízo morreu. Salvo uma prática judicial nacional incompatível com as exigências da Diretiva, tal como interpretada pelo TJUE, o artigo 5.º será sempre uma disposição inaplicável na prática.