

O ALINHAMENTO DE PREÇOS NAS VENDAS COM PREJUÍZO

*Deolinda de Sousa*¹

ABSTRACT: This article aims to present and discuss the Courts' interpretation of Article 3 of Decree-Law No 370/93. The prohibition to sell below cost, referred to in such legal disposition, is intended to prevent non-transparent behaviors against a fair competition between undertakings. We here discuss the possibility of justification of selling below cost on the basis of price alignment, foreseen in Article 3 (4) (d). Criticizing the Courts' interpretation of price alignment, that has been until now contradictory, we defend that price alignment depends on equality of price, in a particular moment of time and place, bearing in mind the potential consumers of the undertaking that sells below cost.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Venda com prejuízo. 2. Exceções à proibição de venda com prejuízo. 3. O alinhamento de preços 4. Jurisprudência. 4.1. Processo n.º 67/2001, do Tribunal Judicial de Ponte de Lima. 4.2. Processo n.º 1202/10.7TYLSB, do Tribunal de Comércio de Lisboa. 4.3. Processo n.º 849/10.6TYLSB, do Tribunal de Comércio de Lisboa. 4.4. Processo n.º 887/10.9TYLSB, do Tribunal de Comércio de Lisboa. 5. Apreciação crítica. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A liberdade de determinação do preço e das condições de venda são elementos fundamentais da concorrência entre as empresas. O preço é um vector de concorrência essencial, porquanto o funcionamento do mercado e o seu nível de eficiência dependem em larga medida da liberdade que cada operador

¹ Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso na Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são estritamente da responsabilidade da autora, pelo que não vinculam a Autoridade da Concorrência.

económico detém, em cada momento, para fixar os preços dos produtos e serviços que oferece.

Todavia, essa liberdade, designadamente a de fixação do preço, encontra limitações legais diversas, decorrentes da necessidade de impedir que os concorrentes utilizem instrumentos desleais que obstem à dinâmica do mercado.

É neste âmbito que surge o Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro (Decreto-Lei n.º 370/93¹), o qual visa criar, entre outras, regras de comportamento para os agentes económicos, no sentido de limitar a sua acção quanto à determinação dos preços e das condições de venda.

Este diploma legal regula as chamadas práticas comerciais individuais, “[...] *que de per se constituem comportamentos menos transparentes embora sem efeitos graves a nível da concorrência*”².

No essencial, este diploma veio disciplinar a actividade do agente económico, não com enfoque na concorrência, mas na promoção do equilíbrio e da transparência das relações entre os agentes económicos, bem como na protecção dos direitos dos consumidores.

Como se refere no preâmbulo, retomaram-se “[...] *neste diploma as figuras das práticas individuais que constavam do Decreto-Lei n.º 422/83, acrescentando-lhe a figura de ‘venda com prejuízo’* já existente na legislação nacional na actividade do comércio a retalho (Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto), abrangendo agora as relações entre agentes económicos. Evita-se, desta forma, a ocorrência de tratamento legal discriminatório mais susceptível de ocorrer dado que se esbateram as fronteiras anteriormente rigidamente definidas”.

Deste modo, no aludido diploma legal determina-se que o agente económico, no exercício da sua actividade e na sua actuação no mercado, não adopte comportamentos que sejam susceptíveis de lesar ou causar danos a outros agentes económicos ou aos consumidores, nem que sejam propensos a falsear as regras próprias da actividade.

1. VENDAS COM PREJUÍZO

A venda com prejuízo é descrita no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 370/93 como um comportamento menos transparente que pode impedir uma concorrência leal entre as empresas, consistindo “[...] *precisamente numa situação*

1 Alterado pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

2 Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 370/93.

*em que se articula o interesse do concorrente médio com o interesse do consumidor no funcionamento racional do mercado*³.

A sua regulamentação foi objecto de uma actualização, por forma a adequar o relacionamento das empresas no contexto do peso crescente da denominada “grande distribuição” nos circuitos económicos⁴.

A redacção actual do artigo 3.º teve por objectivo não só eliminar as dúvidas decorrentes da redacção anterior relativamente ao cálculo do denominado preço de compra efectivo, mas também incorporar a previsão da venda com prejuízo ao consumidor, bem como alargar e detalhar as excepções admitidas.

No contexto da presente situação do comércio retalhista, pode entender-se que os grandes comerciantes dispõem de um maior leque de possibilidades para proceder à venda com prejuízo, *“funcionando assim como uma forma de esmagamento do pequeno comércio, ao mesmo tempo que cria no consumidor a ilusão de que o grande comerciante pratica preços mais baixos, o que só efectivamente sucede nalguns casos, [pois] esse desconto é largamente compensado pelo impulso à aquisição de uma série de produtos, a maior parte dos quais dispensáveis para o consumidor*⁵.

Aliás, é também esta a opinião do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), no acórdão n.º 5354/2008-5, de 21.4.2009, ao considerar que *“a denominada ‘venda com prejuízo’ é um poderoso mecanismo de enfraquecimento dos concorrentes mais débeis pelos que são economicamente mais poderosos e que, por isso, estão em condições de suportar a prática de preços ‘com prejuízo’ por tempo suficiente para arruinar e afastar os demais. Por este motivo, a última alteração ao Dec. Lei n.º 370/93, de 29/10, pelo Dec. Lei n.º 140/98, de 16/05, que reformulou a redacção do artigo 3.º, visou delimitar com mais rigor o leque de descontos que podem ser atendidos na definição do ‘preço de compra efectivo’, restringindo-os unicamente aos que estão directamente relacionados com a transacção concreta, e afastar todas as vantagens, descontos ou bónus de que beneficiam as grandes empresas ou grupos económicos, detentores das designadas ‘grandes superfícies’, junto dos fornecedores em virtude da enorme capacidade de escoamento do produto de que dispõem que lhes confere uma posição privilegiada no circuito comercial*⁶.

3 Menezes Leitão, 2002-2003: 85.

4 Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

5 Menezes Leitão, 2002-2003: 85.

6 On-line: www.dgsi.pt (consultado em 10.1.2011).

O artigo 3.º, n.º 1, do aludido Decreto-Lei proíbe os agentes económicos de oferecer para venda, ou vender, um bem a um consumidor, ou a outro agente económico, por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo.

Esclareça-se que, neste contexto, venda com prejuízo não significa que exista um verdadeiro e real prejuízo para o agente económico que a pratica, mas antes que a mesma se efectua “*por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo*”, *i.e.*, o resultante daquele que consta da factura de compra, após a dedução dos descontos directamente relacionados com a transacção em causa⁷.

Contudo, a atendibilidade dos descontos, para efeito do preço de compra efectivo, depende do preenchimento, cumulativo, de dois requisitos: a previsão dos descontos na factura, directamente, através de uma concreta descrição ou, indirectamente, através de remissão para o contrato de fornecimento ou para as tabelas de preços (natureza formal) e a imposição de que o momento da determinação dos descontos seja aquele em que a factura é emitida (natureza temporal)⁸.

2. EXCEPÇÕES À PROIBIÇÃO DE VENDA COM PREJUÍZO

O legislador, no aludido diploma legal, determinou um conjunto de condições excepcionais em que é permitida a venda com prejuízo e que se encontram previstas no artigo 3.º, n.º 4.

Dispõe o citado normativo que a proibição de venda por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo, nos termos previstos no n.º 1 do mesmo artigo, não é aplicável a:

a) Bens perecíveis, a partir do momento em que se encontrem ameaçados de deterioração rápida;

b) Bens cujo valor comercial esteja afectado, quer por ter decorrido a situação que determinou a sua necessidade, quer por redução das suas possibilidades de utilização, quer por superveniência de importante inovação técnica;

c) Bens cujo reaprovisionamento se efectue a preço inferior, sendo então o preço efectivo de compra substituído pelo preço resultante da nova factura de compra;

⁷ O artigo 3.º, n.º 3, elenca os tipos de descontos directamente relacionados com a transacção em causa, a saber: os descontos de quantidade, os descontos financeiros e os descontos promocionais, desde que identificáveis quanto ao produto, respectiva quantidade e período em que vão vigorar.

⁸ Neste sentido, Cunha, 2004: 208 ss.

- d) Bens cujo preço se encontra alinhado pelo preço praticado para os mesmos bens por um outro agente económico do mesmo ramo de actividade que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento;*
- e) Bens vendidos em saldo ou liquidação”.*

Sumariamente, podemos integrar as excepções em 3 tipos de categorias, a saber: as referentes ao mercado, à empresa e ao produto⁹.

As excepções relacionadas com o mercado¹⁰ encontram-se plasmadas nas alíneas *c)* e *d)*; as concernentes à empresa na alínea *e)*; e, por último, as referentes ao produto nas alíneas *a)* e *b)*.

É sobre as excepções relativas ao mercado, mais concretamente a prevista na alínea *d)*, o designado alinhamento de preços, que nos iremos debruçar.

3. O ALINHAMENTO DE PREÇOS

Para existir alinhamento de preços, nos termos em que o artigo 3.º, n.º 4, alínea *d)*, do Decreto-Lei n.º 370/93 o define, o comportamento do agente económico em causa tem de coincidir no preço praticado para o mesmo produto com o de outro agente económico do mesmo ramo de actividade com o qual se encontre em situação de concorrência efectiva, quando comparado e confrontado temporal e espacialmente.

A anterior redacção¹¹ da citada alínea exceptuava a proibição desse comportamento quando “[...] o preço se encontre alinhado pelo preço licitamente praticado para os mesmos bens por um outro comerciante do mesmo ramo de actividades”, sendo que na redacção em vigor foram aditados os requisitos temporal e espacial, bem como a exigência de verificação de uma situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento.

A figura da venda com prejuízo, no presente diploma legal, abrangendo as relações entre os agentes económicos, pretendeu evitar “a ocorrência de tratamento legal discriminatório” ao nível das relações entre agentes económicos¹².

Da análise da alínea *d)* do n.º 4 do artigo 3.º deste diploma legal concluímos que a excepção decorrente do alinhamento pelo preço praticado por

9 Cf. Cunha, 2004: 229.

10 Aqui numa acepção lata.

11 Anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

12 Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 140/98.

outro concorrente pretende garantir uma saudável concorrência entre agentes económicos que estejam temporal e espacialmente nessa situação.

A Autoridade da Concorrência (AdC), em conformidade com a presente disposição legal, tem entendido que uma venda com prejuízo só pode ser subsumida na excepção do alinhamento de preços quando os elementos de prova relativos à localização dos estabelecimentos (espacial) e ao período de venda dos produtos (temporal) demonstrem, indubitavelmente, que os estabelecimentos se encontravam temporal e espacialmente em concorrência efectiva, quanto ao mesmo produto.

A interpretação da AdC do aludido preceito legal já foi corroborada pelos Tribunais, em sede de recurso judicial de impugnação de decisões desta Autoridade, não obstante haver também arestos divergentes, que importa analisar nesta sede.

Realce-se que a parca jurisprudência existente nesta matéria, não obstante o elevado número de processos de contra-ordenação por práticas comerciais restritivas, resulta do reduzido número de processos nos quais as empresas arguidas invocam a excepção prevista na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93.

Neste particular, saliente-se ainda que alguma dessa jurisprudência não concretiza qualquer interpretação da figura do alinhamento, mas apenas procede à apreciação (no estrito cumprimento das suas competências) das questões de direito alegadas no recurso.

Seja como for, a jurisprudência coligida sobre o alinhamento de preços no contexto da venda com prejuízo, apesar de escassa, revela, ainda assim, que não há um entendimento uniforme sobre o tema.

Como explicitaremos seguidamente, a disparidade de fundamentos das duas instâncias judiciais prende-se com o tema deste artigo.

Optou-se por efectuar a resenha e comentário às decisões por ordem cronológica.

4. JURISPRUDÊNCIA

4.1. Processo n.º 67/2001, do Tribunal Judicial de Ponte de Lima

A Direcção Geral do Comércio e da Concorrência (DGCC), por decisão de 13 de Fevereiro de 2001, proferida no processo de contra-ordenação n.º 64/99, aplicou à Companhia Portuguesa de Lojas de Desconto a coima de

2.000.000\$00¹³ pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelo artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 370/93.

A arguida tinha exposto para venda, na sua loja de Ponte de Lima, nos dias 17.8.1999 a 19.8.1999, o produto “Cerveja [...]” ao preço de 49\$00 cada garrafa, sendo o seu preço de compra efectivo de 60\$83.

Não se conformando com a decisão da DGCC, a arguida procedeu à sua impugnação judicial junto do Tribunal Judicial de Ponte de Lima.

Dos diversos fundamentos alegados pela arguida importa, nesta sede, destacar os que se referem à verificação dos pressupostos da “coincidência temporal e espacial”, contidos na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93¹⁴.

Neste âmbito, a arguida alegou a coincidência espacial, atenta a sua dimensão nacional, de forma a ser comparada aos supermercados de uma concorrente, cujas lojas da Amadora e de Oeiras venderam, em 10.8.1999 e 29.9.1999, respectivamente, o mesmo produto, ao mesmo preço.

O Tribunal Judicial de Ponte de Lima¹⁵, no que concerne aos alegados pressupostos da coincidência temporal e espacial, considerou verificada a coincidência espacial, fundamentando que, atenta a cobertura nacional da rede de supermercados da arguida (que classifica como sendo do conhecimento público), esta concorreria com todas as redes comerciais e supermercados existentes em Portugal.

Já no que concerne à alegada coincidência temporal, considerou o Tribunal que este pressuposto não se verificava, tendo em atenção que o ónus da prova recaía sobre a arguida; *i.e.*, cumpria à arguida fazer a prova de que, nos mesmos dias em que praticava o referido preço, outra superfície comercial também o fazia, o que não demonstrou.

Para uma melhor compreensão do caso em análise, refira-se que, tal como consta na sentença, a recorrente não logrou provar a relação entre o preço que estava a praticar nos dias 17.8.1999 e 19.8.1999 no seu estabelecimento com o preço do seu concorrente no dia 10.8.1999; nem a relação do preço de dia

13 Atenta a matéria em causa, entendemos desnecessária a conversão dos escudos em euros, razão pela qual, no que respeita ao processo em análise, será aquela a unidade monetária utilizada.

14 Na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

15 2.º Juízo.

10.8.1999 do mesmo concorrente com o preço de 29.9.1999, num outro concorrente, nem deste último com o preço que praticou na data mencionada¹⁶.

Propugnou o Tribunal que, “*se a recorrente reclama a dimensão nacional para praticar certos preços, também deve pugnar pelo controle rigoroso dos preços, como lhe era exigível, por forma a não praticar preços como no caso sub judice*”¹⁷.

Julgou o Tribunal improcedente o recurso da arguida no que respeita à aplicabilidade da excepção consagrada na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93, tendo sido interposto recurso para o Tribunal da Relação do Porto (TRP).

O TRP, no acórdão proferido em 17.4.2002¹⁸, onde conheceu do recurso interposto pela arguida, produziu uma extensa e fundamentada decisão, circunscrita à matéria de direito¹⁹, o que, como refere, obistou à alteração do montante da coima, “*apesar de se entender que o seu montante é exíguo*”²⁰.

Relativamente à motivação do recurso da arguida, o TRP, não obstante a mesma “*não haver retirado benefício económico da sua conduta, de a prática ilícita ter durado apenas 3 dias, tendo cessado por iniciativa da recorrente na medida em que não pôde manter o preço por razões económicas*”, confirmou a decisão do Tribunal *a quo*²¹.

Entende o TRP que, não sendo matéria controvertida que a arguida vendeu a cerveja a preço inferior àquele pelo qual a tinha adquirido, só poderia obstar à condenação provando, documentalmente, que o preço que praticava estava alinhado com o preço praticado pela outra empresa; que à data em que se verificou a prática do preço estava temporalmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento; e que o estabelecimento onde foi detectada a venda se encontrava espacialmente em situação de concorrência com o autor do alinhamento. O que considerou não ter sido demonstrado,

16 Sentença de 13.7.2001, pp. 5-6.

17 *Ibidem*.

18 Recurso n.º 1536.01 do processo de impugnação judicial n.º 67/2001.

19 Atento o disposto no artigo 75.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra-ordenações (RGCO).

20 Como esclarece o mencionado acórdão, “*conforme o disposto na alínea a) do n.º 2 do mesmo preceito legal (artigo 75.º, do RGCO), este tribunal não está vinculado aos termos e ao sentido da decisão recorrida; no entanto não pode efectuar a denominada reformatio in pejus – artigo 72.º-A do mesmo diploma legal*”.

21 Tendo reiterado que a coima aplicada, “*se por algo peca, é por exiguidade, não podendo, todavia, este tribunal aumentá-la em obediência à proibição da reformatio in pejus*”.

discordando, em consequência, da decisão do Tribunal Judicial de Ponte de Lima.

O TRP assentou a sua fundamentação na necessidade de recorrer aos princípios da interpretação das normas, plasmados no artigo 9.º do Código Civil.

Como se refere no presente aresto, é também a partir de elementos essenciais – tais como: a coerência interna do preceito; o lugar em que se encontra e as suas relações com outros preceitos; a situação que se verificava anteriormente à lei e toda a sua evolução histórica; a génese do preceito, que resulta particularmente dos trabalhos preparatórios; o fim particular da lei ou do preceito em singular, *i.e.*, a interpretação teleológica – que podemos aferir o significado do preceito legal.

Ora, *in casu*, o TRP acabou por considerar que o Decreto-Lei n.º 370/93 é parco em explicações, o que dificulta a sua interpretação. Seja como for, o TRP socorreu-se, para além do teor literal da norma, dos elementos histórico e teleológico.

No que concerne à letra da lei, o TRP esclareceu que o legislador utiliza na aludida alínea *d*) duas vezes o verbo “encontrar” e, em ambas, o futuro do conjuntivo, razão pela qual, “*gramaticalmente, a expressão ‘bens cujo preço se encontre alinhado pelo preço praticado para os mesmos bens por outro agente económico do mesmo ramo de actividade’ significa: caso um outro agente económico do mesmo ramo pratique (no presente) um determinado preço*”²².

Concluiu o TRP que a expressão “*que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento*” só pode ser entendida como “*o preço tem de estar a ser praticado naquele momento e naquele local*”.

Por outro lado, o TRP recorreu ao elemento histórico e ao teleológico para reforçar a sua interpretação, procedendo à descrição da evolução histórica do regime, cujo teor importa aqui sumariar. Foi com o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, que surgiu “*uma lei de defesa da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus*”. Contudo, é com a publicação do Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto, que se regulamentam as vendas a retalho com redução de preços, com o objectivo de favorecer “*uma sadia concorrência e uma transparência de mercado*”, sendo que o artigo 14.º, n.º 1, proibia “*na actividade de comércio a retalho oferecer para venda ou vender ao consumidor um produto por preço inferior ao seu preço de compra efectivo acrescido dos impostos aplicáveis à venda*”.

22 P. 8 do acórdão.

Mas é com a sua revogação pelo Decreto-Lei n.º 370/93 que surge a figura da venda com prejuízo, cuja redacção inicial veio a sofrer alterações²³.

E, assim, o n.º 1 do artigo 3.º, que inicialmente proibía “*oferecer para venda ou vender um bem por preço inferior ao preço de compra efectivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte*”, passou a ter a seguinte redacção: “*É proibido oferecer para venda ou vender um bem a um agente económico ou a um consumidor por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte*”.

No que respeita à aludida alínea *d*), cuja redacção excepcionava a aplicação do n.º 1 a “*bens cujo preço se encontre alinhado pelo preço licitamente praticado para os mesmos bens por um outro comerciante do mesmo ramo de actividade*”, passou a estabelecer “*bens cujo preço se encontra alinhado pelo preço praticado para os mesmos bens por um outro agente económico do mesmo ramo de actividade que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento*”.

Comparando a redacção inicial da alínea *d*) do n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 370/93²⁴ com a redacção resultante da alteração do Decreto-Lei n.º 140/98, considerou o TRP que o legislador substituiu a palavra “*licitamente*” por “*que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento*”.

Da análise feita com recurso aos elementos histórico e teleológico, forçoso é concluir que o legislador pretendeu que a concorrência efectiva seja avaliada num momento e num local determinados, tendo sempre em atenção os potenciais consumidores do estabelecimento que vende com prejuízo, o que corresponde ao elemento literal do preceito.

Tendo presente que o objectivo do legislador é obstar à prática de concorrência desleal, proceder a uma outra interpretação conduziria a uma situação que, na prática, se traduziria neste comportamento.

23 Por se reconhecer que este diploma legal padecia de “*várias debilidades decorrentes quer da sua formulação pouco precisa no plano da tipificação de algumas das práticas ali previstas, quer da opção nele contida em termos de organismos responsáveis pela instrução e decisão dos respectivos processos*”, bem como “*tendo em vista, por um lado, eliminar as incertezas geradas pela redacção anterior no que respeita ao cálculo do chamado ‘preço de compra efectivo’ como também, por outro, nela incluir a venda com prejuízo ao consumidor, já que sendo esta uma prática exclusivamente lesiva dos interesses dos agentes económicos não faria sentido mantê-la, como até aqui, em sede legal autónoma*” (Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 370/93).

24 Actualmente alínea *d*) do n.º 4 do artigo 4.º.

Aliás, veja-se como, no referido aresto, o Tribunal demonstra que a tese defendida pela arguida é dissonante com o espírito e com a letra da norma, tendo na sua origem uma conduta ilícita.

“Um determinado agente económico, no período de 2 a 15 de Janeiro faz uma campanha promocional de um determinado produto em Faro, que vende com prejuízo. Um outro agente económico estabelecido em Faro, naquele período, pode vender, na referida cidade, o mesmo produto, ao mesmo preço, mesmo que se trate de venda com prejuízo. Disso não há dúvidas.

“Todavia, este agente económico tem também um estabelecimento em Monção. Pratica, por questões internas, como alega a recorrente, o preço único para os dois estabelecimentos”²⁵.

Assim, a aceitar a tese defendida pela arguida, e em parte acolhida na sentença do Tribunal *a quo*, também poderia praticar o dito preço em Monção.

Neste exemplo há outros agentes económicos que não têm qualquer ligação a Faro e, conseqüentemente, com os potenciais compradores do primitivo estabelecimento. Contudo, por razões concorrenciais, passam a praticar o preço de venda com prejuízo, o qual, aceitando a dita tese, também seria legal.

Ora, tendo estes últimos estabelecimento em outros pontos do país e também praticando a política do preço único, o preço estende-se a esses pontos, desencadeando um efeito em cadeia que o legislador não pode ter querido.

Saliente-se a conclusão extraída pelo TRP, à qual aderimos sem qualquer reserva:

“A expressão temporal e espacialmente em situação de concorrência tem de ser entendida como referente ao mesmo momento (que pode ser dia ou dias, mas há-de coincidir com aqueles em que é praticada a venda com prejuízo, especialmente no termo ad quem, embora se admita uma ligeira tolerância, a apreciar casuisticamente) e ao mesmo local, isto é, onde existem potenciais compradores do estabelecimento concorrente, já que é aí que existe a verdadeira situação de concorrência, e não noutra ponto do país”.

“A política de preços de cada empresa é da sua exclusiva responsabilidade. E não pode praticar venda com prejuízo em local diferente daquele em que outro agente económico vende por preço inferior àquele por que ela comprou, sob pena de violar o transcrito preceito legal”²⁶.

25 P. 11.

26 P. 12

4.2. Processo n.º 1202/10.7TYLSB do Tribunal de Comércio de Lisboa

No presente processo, o TCL²⁷ considerou não haver fundamento para afastar a aplicação da referida alínea *d*) do n.º 4, do artigo 4.º, “quando o preço praticado não seja exactamente igual ao de um dos concorrentes, como é o caso, porquanto o preço praticado pela arguida encontra-se no intervalo entre o preço que os seus concorrentes directos apresentavam”²⁸.

Refira-se que, não obstante a sentença clarificar que os preços em apreciação são diversos, € 3,41 (o mais baixo), € 3,48 (o da arguida) e € 3,99 (o mais alto da concorrência), entendeu o TCL que se tratava de alinhamento com um concorrente directo, excluindo, em consequência, a ilicitude da conduta, nos termos do disposto no citado artigo 3.º, n.º 4, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 370/93.

Ora, da leitura da aludida sentença não se alcança qual o concorrente directo com o qual a arguida se encontrava em alinhamento, nem se pode falar num verdadeiro alinhamento do preço, porquanto estamos perante valores distintos, *i.e.*, não existe uma real coincidência de preço.

O TRL considerou que a sentença não padece de nulidade por omissão de pronúncia, porquanto a sentença “pronunciou-se sobre todos os factos relevantes para a decisão da causa: preço de aquisição do produto, preço de venda, quer no estabelecimento da arguida quer nos concorrentes directos e na mesma data, bem como a distância entre os estabelecimentos concorrentes”²⁹.

Não podemos concordar com a interpretação do TRL, porquanto o artigo 3.º, n.º 4, alínea *d*), refere, expressamente, o elemento “autor do alinhamento”, relativamente ao qual o Tribunal *a quo* não se pronunciou.

Por outro lado, o mesmo Tribunal entende que “o preço de venda do referido produto pela arguida, naquela data, é, segundo os factos provados, mais elevado do que o preço mais baixo de um dos concorrentes directos, apesar de inferior ao preço de aquisição. Para o MP, para haver alinhamento, o preço teria de ser precisamente igual, não podendo ser diferente. Não tem, porém, razão. A lei apenas impede que seja mais baixo. Se a lei permite baixar o preço, alguém do preço de aquisição e até ao menor valor pedido pelo concorrente directo, por maioria de razão estará autorizada a arguida a comercializar por valor superior àquele preço mínimo, neste caso com menor prejuízo para si do que se vendesse por um preço precisamente igual

27 1.º Juízo.

28 P. 11.

29 Acórdão de 12.7.2011.

ao dito concorrente. É esse o espírito da lei, ‘alinhado’ com os interesses que visa defender”.

Também neste âmbito discordamos do entendimento do Tribunal, pois o aludido diploma legal utiliza a expressão “alinhamento”, não existindo qualquer fundamento para a interpretação de “a lei apenas impede que seja mais baixo”.

Não existe, assim, qualquer correspondência da interpretação feita pelo TRL com a letra e o espírito da norma.

4.3. Processo n.º 849/10.6TYLSB do Tribunal de Comércio de Lisboa

Também no presente processo, não obstante ter dado como provado que o alegado concorrente directo da arguida vendia ao mesmo preço na semana anterior à data da prática dos factos, o TCL concluiu que se tratava de um alinhamento, mostrando-se excluída a ilicitude da conduta, nos termos do artigo 3.º, n.º 4, alínea d), do Decreto-Lei n.º 370/93³⁰.

O TRL, face ao fundamento do recurso apresentado pelo Ministério Público (MP) – a saber: contradição insanável entre a fundamentação e a decisão – decidiu pela sua improcedência, porquanto “o tribunal, face à facticidade dada como provada sob o ponto 16 (‘O Pingo Doce pratica o mesmo preço de venda ao público do mesmo produto em todos os seus estabelecimentos’), concluiu tratar-se de um alinhamento com concorrente directo e como tal considerou excluída a ilicitude da conduta da arguida, [...] impondo-se a sua absolvição”³¹.

No que concerne à alegada omissão de pronúncia “quanto à empresa (autora) que se encontrava em situação de concorrência efectiva e com a qual se pretendeu alinhar”, o TRL considera que o Tribunal *a quo* não só se pronunciou como fundamentou, utilizando o argumento expandido para uma outra questão tratada no mesmo aresto.

Entendemos que nesta decisão o TRL incorre no mesmo equívoco que o TCL já cometera. Veja-se que, como referimos anteriormente, não pode entender-se que o alinhamento é feito com uma qualquer empresa situada em território nacional. A concorrência tem que ser efectiva, *i.e.*, onde existam os potenciais compradores do estabelecimento concorrente e não num outro local do país.

³⁰ 4.º Juízo.

³¹ Acórdão de 9.6.2011.

4.4. Processo n.º 887/10.9TYLSB do Tribunal de Comércio de Lisboa

Igualmente, no recurso de impugnação da decisão da AdC que motivou este processo, o TCL³² absolveu, parcialmente, a arguida com fundamento no alinhamento dos preços com outro concorrente. O MP apresentou recurso por entender que o pressuposto da coincidência temporal não se verificou, por “*não ter sido apurado por que preço era vendido*” um dos produtos, “*no próprio dia da infração em causa*”, concluindo pela existência de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão.

O TRL considerou improcedente este fundamento de recurso apoiado no argumento de “*que a lei se basta com a verificação de coincidência temporal, o que não é necessariamente o mesmo que coincidência no dia*”³³.

Ora, tendo presente o entendimento do TRP³⁴, anteriormente explicitado, quanto ao requisito de exclusão de proibição de venda com prejuízo de um bem “*que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento*” só poder ser interpretado como “*o preço tem de estar a ser praticado naquele momento e naquele local*” e ao qual aderimos, tal impossibilita a nossa consonância com o entendimento do TCL na decisão aqui narrada.

5. APRECIACÃO CRÍTICA

O entendimento do TRP, expresso no acórdão proferido em 17.4.2002 aqui relatado em 4.1., não foi sufragado pelo TCL, nem pelo TRL, na sequência dos recursos interpostos pelo MP, sendo que os fundamentos das decisões adoptados quer pelo TCL, quer pelo TRL suscitam-nos diversas dúvidas, expressas no decurso da exposição de cada um dos processos, mas que cabe sumariar mais perceptível especificar, por se nos afigurar adequado a mais fácil percepção.

A decisão do processo n.º 1202/10.7TYLSB, do TCL, por um lado, não esclarece qual o concorrente directo com o qual a arguida se encontrava em alinhamento, por outro lado, conclui que existe um alinhamento de preços quando os preços dos produtos em causa, nos estabelecimentos considerados, para efeitos da excepção do artigo 3.º, n.º 4, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 370/93, apresentam discrepâncias de 17%, 15% e 2%.

32 4.º Juízo.

33 Acórdão de 29.6.2011.

34 Acórdão de 17.4.2002.

No caso do processo n.º 849/10.6TYLSB, o TCL aceita o alinhamento operado com uma qualquer empresa situada em território nacional, não tendo em conta que a concorrência tem que ser efectiva, *i.e.*, onde existem os potenciais compradores do estabelecimento concorrente e não num outro local do país, nem quem é o autor do alinhamento.

Por último, no processo n.º 887/10.9TYLSB o mesmo Tribunal aplicou a excepção do alinhamento, não obstante não se ter apurado se o preço praticado num dos produtos pela empresa concorrente o foi no próprio dia da infracção em causa.

Para nós, só pode ser subsumida na excepção do alinhamento de preços a venda com prejuízo quando o preço praticado pelas empresas para o mesmo produto em questão seja idêntico e desde que as mesmas se encontrem espacial e temporalmente em situação de concorrência com a autora do alinhamento.

Por isso, discordamos da aplicação feita pelo TCL e pelo TRL da excepção do artigo 3.º, n.º 4, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 370/93, nos presentes processos.

CONCLUSÃO

Com o presente texto procurámos trazer algum debate sobre a interpretação da alínea *d*) do n.º 4, do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 370/93, que, pese embora não nos levante grandes dúvidas, começa a ser alvo de uma aplicação que consideramos distanciar-se do espírito que esteve subjacente à sua feitura.

Como bem referiu o TRP, *“o legislador pretendeu que a concorrência efectiva seja avaliada num momento e num local determinados, tendo sempre em atenção os potenciais consumidores do estabelecimento que vende com prejuízo, o que corresponde ao elemento literal do preceito”*.

Além do mais, atento que o objectivo que norteou as opções do legislador foi o de impedir a prática de concorrência desleal, proceder a uma outra interpretação conduziria a uma situação que, na prática, permitiria que a mesma vingasse.

BIBLIOGRAFIA

CUNHA, Carolina

2003 “Vendas com prejuízo”, in AA.VV., *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 207-242.

FERREIRA, João E. Pinto & BANGY, Remtula Azeem

1998 *Guia prático do Direito da Concorrência em Portugal e na União Europeia*, Lisboa: AJE, pp. 152-157.

MENEZES LEITÃO, Luís de

2003 “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, Revista *O Direito*, anos 134.º-135.º, pp. 84 e 85 ss.

PORTO, Manuel & ANASTÁCIO, Gonçalo

2010 *Legislação de Concorrência*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.