

A OBRIGAÇÃO DE JUROS COMERCIAIS DEPOIS DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO DECRETO-LEI N.º 32/2003, DE 17 DE FEVEREIRO

Ana Afonso

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O regime especial da obrigação de juros mercantis consta do art. 102º do Código Comercial, que principia por afirmar, aliás de modo que se nos afigura algo desnecessário¹, o vencimento de juros em actos comerciais sempre que assim tiver sido convencionado ou resultar de regra legal. Começa portanto esta norma por suportar a distinção entre duas categorias de juros comerciais, quanto à respectiva fonte: convencionais, quando a origem da obrigação se situa no acordo das

¹ Para muitos Autores, fica aqui consagrado o princípio da onerosidade que rege os actos de comércio, segundo o qual, em Direito Mercantil, à prestação de uma parte corresponde uma atribuição patrimonial da outra, devendo por isso, concretamente, haver lugar ao vencimento de juros sempre que se proporcionem utilidades. Assim, Pinto Coelho, *Lições de Direito Comercial*, Fascículo I, Lisboa, 1946, pp. 143-144, Fernando Olavo, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, 1964, pp. 143-144, Pedro de Sá Nogueira, *As actuais coordenadas do direito comercial face ao direito civil (portugueses)*, in AAVV, «As operações comerciais», Almedina, Coimbra, 1988, p. 383, e Pupo Correia, *Direito Comercial – Direito da empresa*, Ediforum, Lisboa, 2007, p. 427. Diversamente, Oliveira Ascensão, *Direito Comercial – Institutos gerais*, FDL, Lisboa, 1998/99, pp. 388-389, nota que, à luz do disposto no art. 102º, CCom., a obrigação de juros não surge imperativa ou automaticamente nas operações comerciais e, como tal, a onerosidade mediante a sujeição a juros não se presume na lei comercial. Nesta linha, Cassiano dos Santos, *Direito Comercial português*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 177, afirma ter a norma, substancialmente, escasso valor preceptivo, porquanto se limita a consagrar o que já decorre de outras regras gerais.

partes, e legais, quando aquela decorre da lei². Prossegue o art. 102º com a imposição de forma escrita para a convenção de juros, subordinando assim a validade da estipulação de juros convencionais à redacção de documento escrito (ou também electrónico, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei n.º 290-D/99)³. A restrição da liberdade das partes na

² O art. 102º refere três hipóteses em que haverá lugar à contagem de juros nos actos comerciais: 1) quando forem convencionados; 2) quando for de “direito”; 3) nos casos especialmente fixados no Código. A definição da terceira hipótese (“e nos mais casos especiais fixados no presente Código”) leva-nos a questionar quando é então de “direito” vencerem-se juros. Com esta expressão, o legislador terá querido, naturalmente, referir-se aos casos previstos em lei. Ora, uma vez que as situações definidas no Código Comercial já são referidas na última parte do preceito, o objectivo do legislador terá sido o de remeter para as hipóteses em que o Código Civil define a obrigação de juros. Assim, cfr. Pinto Coelho, *op. cit.*, pp. 150-151, e Pinto Furtado, *Disposições gerais do Código Comercial*, Almedina, Coimbra, 1984, p. 279. Desta forma, será “de direito” vencerem-se juros, quando inseridos em relações mercantis, designadamente, nos casos dos arts. 465º, e), 468º, 480º, 806º, CC. A terceira hipótese do art. 102º, “casos especiais fixados no presente Código”, abrange os arts.: 241º; 346º, n.º 5; 348º; 395º; 415º, CCom. Nesta matéria, importa ainda levar em consideração as disposições aplicáveis às letras, livranças e cheques, constantes das respectivas leis uniformes. De tais disposições especiais decorre para estes títulos de crédito, muito sinteticamente, o seguinte: só as letras e livranças pagáveis à vista ou a certo termo de vista podem vencer juros (arts. 5º e 77º da Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças, e art. 7º, Lei Uniforme do Cheque); quanto aos juros devidos pelo atraso no pagamento e apesar de as leis uniformes referirem a taxa de 6% (arts. 48º, n.º 2, e 49º, n.º 2, da Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças e arts. 45º, n.º 2, e 46º, n.º 2, Lei Uniforme do Cheque), o portador poderá exigir que a indemnização correspondente consista nos juros legais, conforme o art. 4º, Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho. Para uma abordagem genérica da questão, amplamente debatida na jurisprudência e na doutrina, da inconstitucionalidade desta norma, ver Pinto Furtado, *ibidem*, pp. 285-286, Oliveira Ascensão, *Direito Comercial – Títulos de crédito*, FDL, Lisboa, 1992, pp. 182-185, e Pupo Correia, *op. cit.*, pp. 429-432. Como é sabido, o «Assento» do STJ n.º 4/92, DR, I Série-A, pp. 5820 e ss., uniformizou a jurisprudência no sentido da admissibilidade da cobrança de juros legais para indemnizar a mora no pagamento dos créditos incorporados em letras, livranças ou cheques, emitidos ou pagáveis em Portugal.

³ Esta regra suscita estranheza a Barbosa de Magalhães, *Direito Comercial Português* (Lições coligidas por Raul Bessone d’Abreu), Lisboa, 1917, p. 428, que sublinha a tendência dos códigos modernos para simplificar as provas em matéria comercial. Sustenta-se, porém, em sentido diverso, que o objectivo do legislador, ao sujeitar a estipulação da taxa de juros à forma escrita, terá sido o de proteger o devedor contra a falibilidade e os riscos da prova testemunhal. Assim, cfr. Ferrer Correia, *Juros moratórios*, in CJ, 1986, t. II, pp. 8 e 10-11. Garante-se uma maior certeza, evitando-se a instabilidade criada por taxas de juros oralmente fixadas, como também nota, Oliveira Ascensão, *ibi-*

definição de juros não é apenas de carácter formal: o § 2º do art. 102º manda aplicar aos juros comerciais o disposto nos arts. 559º-A e 1146º do Código Civil, normas estas que, como é sabido, com o objectivo de prevenir a usura, estabelecem limites máximos para os valores das taxas de juro⁴. Finalmente, cuida o art. 102º de definir o mecanismo de fixação da taxa legal de juros mercantis. Tendo presente que a mutabilidade da taxa de juro, devido à necessidade de se adequar à conjuntura económica e financeira, aconselha a evitar a sua definição em diploma legal da natureza de um Código (Comercial ou Civil), o legislador português, perante a alternativa de remeter a respectiva fixação para uma taxa de referência ou para um diploma avulso, optou por esta última via. A taxa de juros comerciais (como aliás sucede também com a taxa de juros das obrigações civis, *vide* art. 559º, CC) não está portanto fixada no Código Comercial, mas sim em Portaria conjunta dos Ministros das Finanças

dem, p. 389. Nesta linha, o preceito em análise tem sido interpretado, predominantemente, no sentido de que a convenção de juros comerciais deve ser sempre fixada por escrito, independentemente de essa não ser a forma requerida para o acto que serve de base à cobrança de juros e também de a taxa ser inferior à legal. A contradição suscitada pela remissão introduzida no § 2º do art. 102º para o art. 559º, CC, cujo n.º 2 apenas impõe forma escrita para a estipulação de juros superiores à taxa legal, já antes resolvida no sentido da prevalência da especificidade dos interesses mercantis e portanto da imposição de forma escrita em todos os casos (cfr. Pinto furtado, *ibidem*, pp. 281 a 282, e Oliveira Ascensão, *ibidem*, p. 390), pode considerar-se actualmente ultrapassada pela eliminação da referência ao art. 559º, CC no corpo do art. 102º, CCom. A taxa de juros comerciais deve portanto ser sempre fixada por escrito, sob pena de nulidade por falta de forma legalmente prescrita, caso em que será suprida pela taxa legal. No Acórdão de 17 de Março de 1994, CJ, 1994, t. II, p. 91, a Relação de Lisboa decidiu que a exigência de forma do art. 102º, § 1º, CCom., fica satisfeita com a emissão de um telex pelo vendedor, indicando a taxa de juro, e a aceitação tácita da mesma pelo comprador. Basta então, segundo o entendimento defendido pelo tribunal, um documento escrito, assinado por um dos contraentes e tacitamente aceite pelo outro. Como refere Cassiano dos Santos, *op. cit.*, p. 177, se o acto estiver sujeito a forma mais exigente, a convenção de juros deverá obedecer a essa mesma forma, conforme resulta do disposto no art. 221º, CC, pois que as razões que determinam a exigência de forma do acto se lhe comunicam. Também a alteração da taxa de juros anteriormente convencionados fica sujeita a forma escrita. Cfr. a propósito Pupo Correia, *op. cit.*, p. 427.

⁴ Tais limites estão fixados em acréscimo de 3% ou de 5% à taxa legal, conforme exista ou não garantia real e, para a cláusula penal fixada a título de indemnização devida pelo tempo de mora, em 7% ou 9% acima dos juros legais, conforme exista ou não garantia real.

e da Justiça⁵. O art. 2º do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, acrescentou ao art. 102º, CCom., um § 3º, que prevê a definição por Portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça de uma taxa supletiva de juros moratórios. Esta taxa de juros especial é, conforme decorre do § 3º do art. 102º, aplicável aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais singulares ou colectivas. Deste preceito retira-se que os créditos sujeitos à taxa de juro especial são os que decorrem da actividade comercial do sujeito titular de empresa e já não os exteriores ao exercício desta actividade. Abrangem-se então os créditos de que sejam titulares quer comerciantes em nome individual, quer sociedades comerciais, quer outras entidades que exerçam a título profissional o comércio, desde que tal crédito se insira no exercício de actividade mercantil⁶.

A redacção actual do art. 102º deriva das alterações que lhe foram introduzidas por força do art. 6º do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro, diploma este que veio dar cumprimento ao imperativo comunitário de transposição da Directiva n.º 2000/35/CE, do Parlamento

⁵ Quanto a este aspecto, ver Pinto Monteiro, *Inflação e direito civil*, in «Estudos em homenagem ao Prof. António de Arruda Ferrer Correia», pp. 878-879. Cfr. também o disposto no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho. O art. 2º deste mesmo diploma alterou o mecanismo de fixação dos juros comerciais, determinando que lhes fosse aplicável o disposto no art. 559º, CC, o qual, por seu turno, passa a remeter a definição da taxa de juro (quer os “juros legais” quer “os estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo”) para portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano.

⁶ Segundo Pupo Correia, *op. cit.*, p. 428, n. 565, o conceito de “empresa” empregue neste preceito equivale ao de “comerciante”, embora restrito aos actos praticados no exercício da respectiva empresa, isto é, da respectiva actividade mercantil profissional. Excluem-se portanto os não comerciantes, quando praticam acto de comércio, e os comerciantes que pratiquem actos fora da sua actividade profissional. Para Cassiano dos Santos, *op. cit.*, pp. 178-179, beneficiam da taxa de juro especial, fixada no art. 102º, § 3º, os sujeitos detentores de empresa que exerça uma das actividades enumeradas no art. 230º ou outra que seja exercida em moldes organizativos similares. A empresa é, à luz do art. 102º, § 3º, segundo este Autor, simultaneamente uma entidade no tráfico e uma sequência de actividades. Considerando que a expressão utilizada no art. 102º, § 3º, tem um sentido restritivo, sendo necessário demonstrar para exigir os respectivos juros que a entidade credora é uma empresa comercial nos termos do art. 230º, CCom., não se referindo pois aos comerciantes em geral e às sociedades comerciais, cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 28 de Novembro de 1985, BMJ, n.º 358, p. 598, e António de Campos, *Direito Bancário – Notas de doutrina e de jurisprudência*, Revista da Banca, 1988, n.º 5, pp. 110 a 111.

Europeu e do Conselho, de 29 de Junho, relativa ao estabelecimento de medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais⁷. Reconhecendo que o problema do atraso nos pagamentos ultrapassa a esfera de interesse dos particulares, porquanto constitui uma das principais causas de insolvência e consequente perda de postos de trabalho e também obstáculo ao sucesso do mercado único e das operações económicas transfronteiriças, o legislador comunitário elegeu como principal instrumento de reacção a definição de juros moratórios de quantitativo elevado, de modo a dissuadir atrasos nos pagamentos⁸.

Esta intervenção do legislador comunitário e a consequente harmo-

⁷ O Decreto-Lei n.º 32/2003 está publicado no Diário da República, I série – A, de 17 de Fevereiro de 2003, n.º 40, 1053. O prazo de transposição da Directiva – 8 de Agosto de 2002 (cfr. art. 6º, n.º 1 da Directiva 2000/35) – foi ultrapassado pelo legislador português. Com a ressalva dos arts. 7º e 8º, o Decreto-Lei 32/2003 entrou em vigor no dia seguinte ao da respectiva publicação, portanto em 18 de Fevereiro de 2003. Aqueles entraram em vigor 30 dias depois da publicação (cfr. art. 10º).

⁸ Já desde meados dos anos 90 que a Comissão Europeia exprimia a sua preocupação relativamente aos prazos de pagamento nas transacções comerciais, tendo começado por apresentar uma Recomendação em 1995 (a n.º 95/198/CE, publicada no JOCE n.º L127 de 10.6.1995, pp. 19-22), relativa aos prazos de pagamento, seguida de um relatório em 1997 (JOCE n.º C216 de 17.7.1997, p. 10), e, em 1998, de uma proposta de Directiva (JOCE n.º C168, de 3.6.1998, p. 13) que viria dar origem à Directiva 2000/35 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29.6.2000, publicada no JOCE n.º L200, de 8.8.2000, pp. 35 e ss. Com efeito, a extensão dos prazos de pagamento nas transacções comerciais representa um risco para o equilíbrio financeiro e para a sobrevivência das empresas, sobretudo para as pequenas e médias empresas, onde os encargos administrativos e financeiros que tais atrasos representam se tornam mais pesados. Considerou-se assim o dever de intervir, a nível comunitário, para obviar à deterioração das práticas de pagamento, que não se deve tanto a factores conjunturais como à evolução estrutural das relações entre as empresas, e que, dadas as diferenças existentes entre os Estados-membros no que se refere às regras e práticas de pagamento, constituem obstáculo ao bom funcionamento do mercado interno. Cfr. considerando (7) a (12) e (16) da Directiva 2000/35 e Considerados 6º a 8º da Recomendação da Comissão n.º 95/198/CE, relativa aos prazos de pagamento das transacções comerciais. Ver também, sobre as dificuldades ocasionadas para as empresas em virtude dos atrasos das obrigações de pagamento, Benoît Rousseau, *Enfin une réglementation des délais de paiement*, in www.sdi.be/fr/I&E_2002_10, que saúda a intervenção comunitária e o diploma belga de transposição de 7 de Agosto de 2002. Entre nós, Pupo Correia, *op. cit.*, p. 433, apesar de reconhecer que os credores empresariais ficam dotados de meios capazes de melhorarem a eficiência da cobrança dos seus créditos, critica o carácter fragmentário e limitado da Directiva de que se ressentem, consequentemente, o nosso diploma de transposição.

nização interna pelo legislador nacional vieram alterar o mecanismo de fixação da taxa de juros comerciais de mora e o respectivo âmbito de aplicação, além de alguns outros aspectos de regime. Com efeito, houve, desde logo, necessidade de fixar um mecanismo capaz de garantir o respeito pelo valor mínimo da taxa de juros de mora definido pelos órgãos comunitários, o que ocasionou a inserção do § 4º no art. 102º. Por outro lado, o legislador português, querendo evitar uma duplicação de regimes, sujeita todas as situações que caibam no âmbito de aplicação da Directiva ao regime comercial. Os juros devidos pelos atrasos nos pagamentos são os juros comerciais, mesmo nos casos em que tais situações não são qualificadas como económica ou juridicamente mercantis. A isto acresce a introdução de algumas regras destinadas a fortalecer a posição do credor – a definição certa do momento de vencimento dos juros; a possibilidade de ser cobrada indemnização suplementar, além do valor dos juros, e a definição da nulidade de cláusulas contratuais que, estabelecendo prazos excessivos para o pagamento ou limitando a responsabilidade pela mora, venham comprometer a eficácia dos objectivos visados com o diploma – as quais, não tendo embora ficado consagradas no art. 102º, aplicam-se também aos juros de mora comerciais.

O objectivo deste texto é, essencialmente, dar conta das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro, ao regime dos juros comerciais.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS JUROS DE MORA COMERCIAIS

Começamos pela análise das situações que, atento o disposto no art. 4º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 32/2003 – “os juros aplicáveis aos atrasos de pagamento das transacções previstas no presente diploma são os estabelecidos no Código Comercial” –, vêm a cair no domínio dos juros de mora comerciais, mais concretamente dos § 3º e § 4º do art. 102º, Código Comercial. Cumpre portanto delimitar quais são as “situações previstas no presente diploma”.

O art. 2º do Decreto-Lei n.º 32/2003 delimita, positiva e negativamente, o respectivo âmbito de regência. O n.º 1 começa por determinar a aplicação do diploma a “todos os pagamentos efectuados como remunerações de transacções comerciais”, cujo conceito é adiante expli-

citado pelas definições das alíneas a) e b) do art. 3º. O n.º 2 do mesmo art. 2º vem, seguidamente, excluir do respectivo campo de aplicação: os contratos celebrados com consumidores; os juros relativos a outros pagamentos e os pagamentos efectuados a título de indemnização por responsabilidade civil, incluindo os efectuados por companhias de seguros.

2.1. Delimitação positiva do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 32/2003. O conceito de “transacção comercial” e respectivo perfil objectivo e subjectivo.

Da leitura do n.º 1 do art. 2º do Decreto-Lei n.º 32/2003 decorre imediatamente que o diploma tem o seu campo de aplicação delimitado pelas obrigações pecuniárias – aquelas que têm por objecto uma prestação em dinheiro, uma soma ou quantia que deve ser paga –, que constituam o correspondente de uma transacção comercial. Ficam, pois, de fora as dívidas de valor, cuja fonte não é o contrato, mas sim a lei, nas quais “o que está primariamente em causa é a reintegração de um património ou a substituição do valor de um bem”⁹ e, como tal, a obrigação de indemnização e as obrigações restitutórias emergentes da invalidade ou da resolução de um contrato, ou ainda fundadas em enriquecimento sem causa¹⁰. Por outro lado, nem todos os pagamentos efectuados na execução do contrato pertencem ao campo de aplicação do diploma, mas apenas os pagamentos efectuados como remuneração ou correspondente da transacção, isto é, e atenta a definição da alínea a) do art. 3º, apenas aqueles que apresentam directamente uma relação sinalagmática com o fornecimento das mercadorias ou com a prestação de serviços. Deve entender-se que tal nexos sinalagmático intercorre não

⁹ Sobre este conceito de dívidas de valor e a respectiva distinção de dívidas pecuniárias, ver Baptista Machado, *Nominalismo e indexação*, Obra dispersa, vol. I, 1991, Scientia Iuridica, Braga, p. 433. Ver também Pinto Monteiro, *op. cit.*, p. 889.

¹⁰ Segundo Brandão Proença, *Programa anotado de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, ao Curso de Direito da Universidade Católica, Porto, 2006/2007, p. 21, é mais correcta a posição de qualificar como meras dívidas pecuniárias as obrigações de restituição de quantias pecuniárias adquiridas sem causa ou atingidas pelo efeito retroactivo da invalidade e da resolução contratuais. Todas estas ficam, porém, excluídas do âmbito de aplicação do decreto-lei n.º 32/2003, sejam ou não qualificadas como dívidas de valor.

só com o valor da própria troca, como também com o valor de despesas acessórias, de transporte ou de envio. Em contrapartida, já não abranje, por exemplo, a obrigação do mandante de reembolso de despesas efectuadas pelo mandatário, assim como a obrigação do mandatário entregar ao mandante as somas recebidas na execução do contrato, ou as obrigações secundárias derivadas do inadimplemento ou do atraso no cumprimento¹¹. Também não ficam abrangidas pelo diploma as causas indirectas de extinção da obrigação, isto é, outras vias de solver a obrigação de pagamento, ainda que tenham conteúdo pecuniário¹², na medida em que constituem um desenvolvimento da transacção e já não correspectivo primário daquela¹³.

A disciplina definida pelo Decreto-Lei n.º 32/2003 não se aplica pois a todas as obrigações de efectuar um pagamento em dinheiro, mas apenas àquelas que constituem o correspectivo de uma transacção comercial.

Quanto ao conceito de “transacção comercial”, este, como nota Gravato Moraes, não tem tradição na nossa ordem jurídica¹⁴. O art. 3º, a), precisa o respectivo significado, para os efeitos pragmáticos de aplicação do regime do diploma, de uma forma muito ampla, que prescinde das discussões em torno de um conceito jurídico de comércio. A “transacção comercial” vem, assim, a ser: “qualquer transacção entre empresas ou entre empresas e entidades públicas, qualquer que seja a res-

¹¹ Assim, Luigi Mengoni, *La Direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, Europa e Diritto Privato, 2001, pp. 74-75.

¹² Ficam necessariamente excluídos se assim não for (como será, designadamente, o caso da dação de um bem em lugar do cumprimento), visto o diploma definir a respectiva aplicação apenas às obrigações pecuniárias.

¹³ Neste sentido Ennio Russo, *Le transazioni commerciali – Commentario teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Cedam, Pádua, 2005, p. 35. Como nota o Autor, estas hipóteses pressupõem uma nova declaração de vontade que se caracteriza pela intenção de solver a obrigação, substituindo-se à declaração convencional precedente.

¹⁴ *A tutela do credor perante o atraso no pagamento de transacções comerciais*, *Scientia Iuridica*, n.º 302 (2005), p. 276. O termo transacção, como destaca o Autor (p. 275), é habitualmente utilizado entre nós no sentido dos arts. 1248º e ss., CC, ou dos arts. 293º e ss., CPC, para designar o acordo pelo qual as partes terminam ou previnem um litígio mediante recíprocas concessões. Do mesmo modo, Ennio Russo, *op. cit.*, p. 28, nota o emprego de tal expressão fora da noção técnica de transacção do ordenamento jurídico italiano.

pectiva natureza, forma ou designação, que dê origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra uma remuneração”. Por seu turno, a alínea b) vem completar a definição de tal conceito, esclarecendo que constitui uma “empresa” “qualquer organização que desenvolva uma actividade económica ou profissional autónoma, mesmo que exercida por pessoa singular”.

A identificação do conceito de “transacção comercial” deve operar sob um perfil objectivo, respeitante à natureza e ao objecto do contrato do qual deriva a obrigação pecuniária de pagamento do preço, e sob um perfil subjectivo, relativo à qualidade dos contraentes. Todos os elementos compreendidos nestes perfis devem estar presentes para desencadear a aplicação da disciplina.

A utilização do termo “transacção comercial” não designa pois um específico tipo contratual, mas antes um esquema genérico capaz de abranger todos os contratos que tenham um determinado objecto e que sejam celebrados entre determinados sujeitos¹⁵. Qualquer contrato celebrado entre empresas ou entre empresas e entidades públicas que comporte o fornecimento de mercadorias ou a prestação de serviços constitui portanto uma transacção comercial.

A referência a “fornecimento de mercadorias”, para definir o objecto da transacção relevante, abrange tudo aquilo que é fornecido contra o pagamento de um correspectivo em dinheiro, no âmbito do exercício de uma actividade empresarial, portanto todos os contratos de troca que operam uma obrigação de dar ou de entregar. O emprego da expressão mercadorias não tem qualquer intenção restritiva pelo que se inserem aqui não só os bens corpóreos ou materiais, como também os imateriais. A expressão “prestação de serviços” abrange, por seu turno, todos os contratos nos quais o pagamento do preço é o correspectivo de uma obrigação de fazer. Como destaca Ennio Russo¹⁶, o objecto da transacção comercial deve ser alvo de uma interpretação extensiva de modo a incluir todos os contratos de troca que operam a criação ou circulação de riqueza, tendo como correspectivo o pagamento de um preço. Ficam assim abrangidos, designadamente, os contratos de compra e venda, de locação, de concessão comercial, de mandato, de depósito, de emprei-

¹⁵ Como também nota Ennio Russo, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶ *Ibidem*, p. 70.

tada¹⁷, e também, embora o ponto não seja isento de dúvidas, o contrato de mútuo¹⁸.

O conceito de transacção comercial não constitui pois um específico tipo contratual, mas antes uma qualificação que acresce a um tipo

¹⁷ Gravato Morais, *op. cit.*, p. 278, n. 17, duvida que as empreitadas de obras públicas fiquem submetidas ao Decreto-Lei n.º 32/2003 (posto que preenchidos os respectivos pressupostos), porquanto o regime definido no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (contém o regime das empreitadas de obras públicas) afasta-se, em alguns pontos, das regras estabelecidas pelo primeiro. Não compreendemos a dúvida do Autor no que diz respeito ao valor dos juros de mora devidos, que, atento o disposto no Despacho conjunto dos Ministros das Finanças, Obras Públicas e Comunicações, n.º 603/2004 (publicado na 2ª série do Diário da República, de 16 de Outubro de 2004), e no Aviso da DGT, n.º 190/2007 (Diário da República, 2ª série, 5 de Janeiro de 2007) é coincidente com o valor fixado para a taxa de juros de mora definida pelo art. 102º, § 3º. No que diz respeito aos prazos de pagamento dos trabalhos executados já é assinalável a diferença: o art. 212º, Decreto-Lei n.º 59/99, refere um prazo de 44 dias, contados dos momentos relevantes aí definidos; já o Decreto-Lei n.º 32/2003 determina o vencimento de juros de mora findo um prazo de 30 dias a partir dos momentos referidos nas alíneas a) a d) do art. 4º, n.º 2. A este propósito, coloca-se, quanto a nós, a seguinte dúvida: devemos considerar que o decreto-lei n.º 32/2003 revoga implicitamente este preceito do regime da empreitada de obras públicas, ou manter a especificidade deste regime que cabe, aliás, na possibilidade conferida aos Estados-membros pelo art. 3º, n.º 2, da Directiva 2000/35, de fixar para certas categorias de contratos um prazo de pagamento até um máximo de 60 dias? Inclinamo-nos para esta segunda opção: sem violar o direito comunitário, mantém-se a especificidade do regime de empreitada de obras públicas.

¹⁸ Esta é a posição defendida por Ennio Russo, *op. cit.*, p. 72, para quem, excluir determinados tipos contratuais do âmbito de aplicação do correspondente diploma italiano, com base em argumento hermenêutico fundado na expressão “fornecimento de mercadorias e prestação de serviços”, é injustificado e arbitrário. Elemento decisivo é, segundo este Autor, a pertinência do contrato à actividade empresarial ou profissional e a contrapartida de um preço como correspondente do serviço prestado. Excluem-se os contratos a título gratuito e aqueles dos quais não deriva uma obrigação pecuniária de pagamento, como, por exemplo, a permuta. Outra é a orientação professada por Gravato Morais, *op. cit.*, p. 279, que exclui do alcance do Decreto-Lei n.º 32/2003 todos os contratos que tenham por objecto prestações de tipo distinto do fornecimento de mercadorias ou da prestação de serviços, e assim, designadamente, o contrato de mútuo. Neste sentido, na doutrina italiana, cfr. Luigi Mengoni, *op. cit.*, p. 74, Noah Vardi, *Il decreto legislativo n. 231 del 2002 di attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Contratto e impresa / Europa, n.º 2, 2003, p. 1032, e Giuseppe Spoto, *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia*, Europa e Diritto Privato, 2004, p. 164. Este Autor vai, porém, ainda mais longe e exclui igualmente o contrato de empreitada de obra material (*appalto d'opera*).

específico e que determina o regime da respectiva obrigação contratual de pagamento do preço. Em tudo o mais, rege a disciplina do tipo contratual.

O campo de aplicação do diploma em análise é também determinado pelo requisito subjectivo da qualidade dos contraentes. Estes devem ser empresas ou entidades públicas. O contrato não tem pois forçosamente de ser celebrado entre empresas, podendo uma das partes ser uma empresa, pública ou privada, e a outra parte um ente público.

O conceito de empresa é, pelo menos à primeira vista, utilizado no art. 3º do Decreto-Lei n.º 32/2003 em duas acepções diferentes: subjectiva e objectiva, facto não inédito no nosso ordenamento jurídico. Na alínea a), a empresa é, elipticamente, apresentada como o sujeito da transacção comercial. Sujeito é, na verdade, o empresário, aquele que exerce a actividade económica ou profissional relevante, no seio da qual se realiza a transacção. Na alínea b), o conceito de “empresa” é definido de uma forma muito ampla, abrangendo qualquer organização que desenvolva uma actividade económica ou profissional autónoma¹⁹. Podemos portanto identificar no conceito utilizado pelo nosso legislador, como o faz Cassiano dos Santos²⁰, três notas distintivas da “empresa”: é uma organização; que desenvolve uma actividade económica ou profissional; com autonomia. Haverá uma organização, nota ainda Cassiano dos Santos, “quando o exercício não assenta pura e simplesmente no sujeito, mas implica uma estrutura de meios objectivos e subjectivos com um mínimo de densidade que a autonomizam relativamente a ele”²¹. A actividade económica caracteriza-se por se dirigir à produção ou circulação de bens ou serviços com um valor patrimonial, distinguindo-se pois claramente de uma actividade cujo objectivo é o consumo ou a fruição directa dos bens. São actividades económicas não somente as comerciais, mas também as de agricultura, de artesanato, de indústria extractiva, de pecuária. Além das actividades económicas, incluem-se igualmente aqui as actividades correspondentes ao exercício de pro-

¹⁹ O conceito de empresa constante da tradução italiana da Directiva 2000/35 respeita a acepção subjectiva utilizada para demarcar o conceito de transacção comercial, e define, consequentemente, “impresa” como “ogni soggetto esercente una attività economica organizzata o una libera professione”. Já as versões espanhola, inglesa, alemã e francesa, designadamente, partem, como a portuguesa, do elemento organização.

²⁰ *Op. cit.*, p. 143.

²¹ *Ibidem*.

fissões liberais, como, por exemplo: medicina; advocacia; engenharia; arquitectura. É preciso ainda que a actividade (económica ou profissional) seja exercida com autonomia, isto é, de um modo que não seja apenas instrumental ao exercício de outras actividades.

Não há dúvida nenhuma de que subjaz ao art. 3º, Decreto-Lei n.º 32/2003, a intenção de subordinar todas as actividades económicas e também profissionais ao objectivo de luta contra os atrasos nos pagamentos. Efectivamente, é este um problema que ultrapassa as malhas das actividades comerciais. O preceito em análise faz exigência, porém, de que tais actividades sejam exercidas com base numa organização e com autonomia. Apesar de referir que tal exercício pode ser conduzido por uma pessoa singular, não prescinde das notas de “organização” e de “autonomia”. Posto isto, parece-nos suscitar-se aqui uma dificuldade: quando e em que termos corresponde o exercício de uma actividade económica ou profissional ao conceito de empresa definido pelo art. 3º?

Ainda que não somente em tal contexto, o problema coloca-se com maior acuidade em relação às actividades correspondentes ao exercício de profissões liberais, mais avessas a uma inclusão no conceito de empresa. Efectivamente, a actividade do profissional liberal, ainda que estruturada, nunca pode, em bom rigor, autonomizar-se do sujeito, filiando-se ao contrário nas respectivas capacidades profissionais²². O objectivo claro do legislador comunitário (*vide* considerando (14) da Directiva²³), seguido pelo legislador português (*vide* referência feita no

²² *Ibidem*, pp. 40-41. Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade – As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 103-104, refere, porém, a possibilidade de o exercício de uma profissão liberal corresponder a uma empresa, exemplificando com a situação dos médicos radiologistas que executam, nos seus consultórios, radiografias. Aqui, explica o Autor, é notória a despersonalização da actividade. Perdendo-se o carácter pessoal na prestação do serviço, passa a existir empresa, nota ainda o Autor, pp. 104-105, n. 245, como é o caso do médico que explora uma casa de saúde. Como refere também Coutinho de Abreu, p. 107, a organização do exercício da actividade de profissional liberal através da constituição de uma sociedade de profissionais liberais, ainda que acentue a despersonalização no exercício da actividade, não é, contudo, suficiente para a respectiva qualificação como empresa. Reconhecem igualmente a qualificação, em determinadas hipóteses, do profissional liberal como empresário, Jaeger / Denozza, *Appunti di Diritto Commerciale*, Milão, 1994, pp. 20-23. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p249, considera que, na generalidade, os profissionais liberais dirigem empresas de pequena ou média dimensão.

²³ No considerando (14) da Directiva n.º 2000/35 é dito que: “o facto de as profissões liberais estarem abrangidas pela presente directiva não significa que os Estados-mem-

preâmbulo às profissões liberais), de trazer as actividades profissionais para o âmbito de aplicação do regime de luta contra os atrasos nos pagamentos, leva-nos a excluir uma abordagem que incompatibilize o conceito de empresa, utilizado pelo diploma dos atrasos nos pagamentos, com o de exercício de profissão liberal. Mas, ainda assim, resta decidir se a utilização do conceito de empresa, enquadrado pela nota de “organização”, exige pelo menos que a actividade de profissional liberal se exerça com base numa estrutura, que pode ser mais ou menos complexa, de pessoas e de bens. Concretamente, o advogado que trabalha sozinho, sem qualquer ajudante, na sua própria habitação, num espaço separado para esse efeito, ou até em espaço arrendado ou comprado para tal, pode ser considerado uma organização, para os efeitos do diploma em análise?²⁴

O vector que nos deve orientar na solução deste problema é, naturalmente, o conceito comunitário de empresa. O Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro, tem o objectivo de proceder à transposição de uma directiva comunitária, a 2000/35, pelo que deverá ser interpretado em conformidade com esta, seguindo um método que não exclua hipóteses visadas pelo texto e finalidades da directiva²⁵. A recepção efectuada no

broos tenham de as tratar como empresas ou comerciantes para efeitos não previstos na presente directiva”. Daqui decorre, claramente, a intenção de subordinar as profissões liberais às regras de tutela do credor em virtude dos atrasos no pagamento da contrapartida da prestação dos respectivos serviços, independentemente ou à margem da sua qualificação como empresa.

²⁴ O destaque conferido por Cassiano Santos, *op. cit.*, p. 143, à nota de “organização” enquanto componente do conceito de empresa, leva-nos a crer que este Autor exclui hipóteses do tipo da assinalada no texto do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 32/2003.

²⁵ Como explica Gorjão-Henriques, *Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 247 e ss., o princípio da interpretação conforme afirma que o intérprete e aplicador do direito, mesmo quando se trate apenas de aplicar o direito nacional, deve atribuir-lhe uma interpretação “conforme com o sentido, economia e termos das normas comunitárias”. Esta obrigação existe quando o padrão de conformidade do direito nacional é formado por princípios e regras de direito comunitário. Encontra o seu limite na existência de uma lei obscura ou lacunosa que possa ser interpretada em conformidade com a directiva, como destaca Sofia Oliveira Pais, *Incumprimento das directivas comunitárias*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, p. 34. A propósito da obrigação de interpretar o direito nacional conforme o texto e objectivo da directiva, impõe-se fazer referência a duas decisões do Tribunal de Justiça: o Acórdão TJCE de 10 de Abril de 1984, von Colson e Kamann, CJTJ, 1984, p. 1891, e o Acórdão TJCE, de 13 de

art. 3º do conceito de empresa é, aliás, inteiramente coincidente com a definição da Directiva, constante do seu art. 2º, n.º 1. Ora, segundo os critérios que têm vindo a ser desenvolvidos pelos órgãos comunitários para a delimitação de tal conceito, a empresa vem a ser a entidade que exerce uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento. O entendimento amplo de actividade económica exclui apenas o exercício de actividades assalariadas e de actividades para a satisfação de necessidades próprias²⁶. O direito comunitário utiliza portanto o conceito de empresa numa acepção subjectiva e dispensa que a actividade económica se dirija à obtenção de lucro ou que seja suportada por uma organização de meios, autónoma da pessoa do sujeito²⁷.

Novembro de 1990, Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentación SA, CJTJ, I-4135. Conforme se dispõe neste último (p. 4142), “o mecanismo de interpretação das disposições do direito nacional de acordo com o direito comunitário permite salvaguardar os princípios de direito comunitário”, devendo ter-se por “excluídas todas as regras de interpretação que possam impedir o resultado desejado pelos autores de uma directiva”. Ver também, o Acórdão TJCE de 9 de Dezembro de 2003, CJTJ, 2003, I-14637 e o Acórdão do TJCE, de 4 de Julho de 2006, CJ, 2006, II, p. 12. Para uma aplicação deste princípio pela jurisprudência nacional, ver o Acórdão STJ n.º 3/2004, de 25 de Março de 2004, DR, I Série A, n.º 112, de 13.5.2004, pp. 3029-3030.

²⁶ O conceito de empresa não aparece definido no Tratado, mas tem sido analisado pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça. Sobre o conceito de empresa no direito comunitário, ver, entre nós, Sofia Pais, *O controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 116-119, Gorjão-Henriques da Cunha, *Da restrição da concorrência na comunidade europeia: a franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 161-163, Silva Morais, *Empresas comuns – «Joint ventures» - no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 331 e ss., e Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade – As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 286 e ss, e *Curso de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 208 e ss. Cfr. também, Kapteyn / VerLoren van Themaat, *Introduction to the law of the european communities*, Kluwer Law International, Londres, 1998, pp. 845-846, Craig / De Búrca, *EU law – Text, cases and materials*, University Press, Oxford, 2007, pp. 952-953, Wouter P. J. Wils, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, *European Law Review*, vol. 25, n.º 2, Abril de 2000, pp. 99 e ss. Segundo jurisprudência comunitária constante, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Assim, ver, entre outros, o Acórdão do Tribunal de 1ª instância das Comunidades Europeias de 4 de Março de 2003, CJTJ, II- 00357.

²⁷ Assim, foram, designadamente, classificados como empresas, pelo direito comuni-

É certo, porém, que a Directiva 2000/35 inclui, de modo expresso, na definição do conceito de empresa, o elemento “organização”. A fórmula literal aqui empregue para recortar o âmbito subjectivo de aplicação da Directiva é, inclusivamente, diversa da utilizada na Proposta de Directiva, apresentada pela Comissão em 23 de Abril de 1998²⁸, que definia transacção comercial como qualquer transacção entre duas ou mais pessoas singulares ou colectivas que tenham um negócio ou exerçam uma profissão, e actuem no âmbito da sua actividade.

Como interpretar a definição comunitária de empresa, constante do art. 2º da Directiva 2000/35, que alude expressamente a organização? Devemos considerar que esta revela uma exigência organizativa específica relativamente à base de exercício da actividade económica ou profissional? A mudança de formulação literal, operada no diploma definitivo, teve a intenção de marcar esta exigência?

Julgamos ser negativa a resposta às duas últimas questões. Com efeito, a dificuldade em aplicar com segurança um critério definido pela presença de uma estrutura de meios pessoais e reais com um mínimo de densidade (qual o número de auxiliares dependentes ou qual o grau de identidade própria dos instrumentos de trabalho necessários para estarmos perante uma empresa), aliada ao facto de subjazer à Directiva a clara intenção de trazer para este domínio as actividades de profissionais liberais (sem excluir as que não se revistam de um determinado grau de “despersonalização” ou não apresentem um determinado nível de densidade organizativa), leva-nos a defender aqui a aplicação do conceito mais amplo de empresa, que atrás se deixou assinalado, identificando-a com o sujeito que desenvolve uma actividade económica ou também, para este efeito de atrasos nos pagamentos, profissional. Sobretudo não nos parece haver motivos para, seguindo o exemplo anterior, discriminar o advogado que, actuando isoladamente, tem um crédito a exercer contra a sociedade comercial a quem prestou os seus serviços jurídicos, excluindo-o do âmbito de aplicação do diploma, e incluir neste o grande escritório de advogados na mesma hipótese. Onde traçar a fronteira: se o advogado contratar uma ou duas secretárias e exercer a sua activi-

tário, o inventor que explora comercialmente a sua invenção (Decisão da Comissão de 2/12/1975, AOIP/Beyrard, JOCE n.º L 6 de 13/1/1976, pp. 8 e ss.); o artista (Decisão da Comissão de 26/5/1978, RAI/Unitel, JOCE, n.º L157, de 15/6/1978, pp. 39 e ss.) e o profissional liberal (Acórdão TJCE, de 12/9/2000, Pavlov e o., CJTJ, 2000, I-6520).

²⁸ JOCE n.º C168, de 3/6/1998.

dade em colaboração com outros profissionais da mesma actividade, passa a merecer a protecção conferida ao credor de uma “transacção comercial” de que antes, porque actuava só, não era merecedor? Não nos parece ser esta a intenção da Directiva. Na verdade, o objectivo que lhe está subjacente – evitar a definição de prazos de pagamento excessivamente longos e de atrasos nesses pagamentos, de modo a resguardar o credor de um incumprimento que se tem tornado financeiramente atraente – não se concilia bem com uma leitura restritiva do conceito de empresa nela empregue.

Deste modo, afigura-se-nos essencial para preencher o conceito de empresa, utilizado para delimitar subjectivamente o âmbito de aplicação do diploma, identificar o exercício de uma actividade económica ou profissional pelo sujeito, prescindindo da presença de uma estrutura organizativa de meios pessoais e reais com um mínimo de densidade relativamente àquele²⁹. A referência a organização deve pois ser lida com um outro alcance, mais próximo da vertente subjectiva em que esta expressão é empregue, identificando-a com agente que organizou o exercício de uma actividade económica ou profissional e que actua no âmbito do exercício dessa actividade. O requisito “organização” deve ser interpretado num sentido que não o dote de eficácia restritiva relativamente àquelas hipóteses em que falte uma organização de trabalho ou de meios de produção, mas em que estamos perante uma actividade que é desenvolvida, especializada e profissionalmente (e já não aciden-

²⁹ Cfr. para a defesa desta perspectiva, Ennio Russo, *Le transazioni commerciali...*, cit., pp. 101-102. O Autor sublinha ser significativo, na defesa deste entendimento, que os profissionais liberais, cuja actividade económica prescinde, por definição, do requisito da organização, venham postos a par dos empresários. Também Luigi Mengoni, *op. cit.*, p. 74, e Giuseppe Spoto, *op. cit.*, p. 168, embora sem desenvolver a questão, referem que “impresa” compreende não só os empresários individuais e colectivos, em sentido estrito, mas também os trabalhadores autónomos e os profissionais liberais. Ver ainda, com referência à inclusão do trabalhador autónomo (“even where the undertaking is carried on by a single physical, self-employed person”) e dos profissionais liberais, sem qualquer restrição no conceito de empresa, Reinhard Schulte-Braucks / Steven Ongena, *The late payment directive – a step towards an emerging European Private Law?*, *European Review of Private Law*, vol. 11, n.º 4, 2003, p. 528. Benoit Rousseau, *loc. cit.*, nota que empresa, como sujeito da aludida “transacção comercial”, é todo o actor económico. Para uma abordagem, geral, do conceito de empresa que dispensa a presença de uma organização de pessoas e/ou meios de produção, ver Jaeger / Denozza, *op. cit.*, pp. 17-19.

tal ou improvisada), com o intento de produção para troca, de bens ou serviços, ou prestação de serviços³⁰.

Há que ter presente tratar-se a expressão “empresa” de um conceito operativo, “para efeitos do presente diploma”, que não vincula para outros fins³¹. Por outro lado, esta acepção que valoriza o aspecto funcional do conceito de empresa face ao elemento organização não é totalmente estranha às coordenadas da ordem jurídica nacional (*vide*, designadamente, a interpretação aqui professada do art. 102º, CCom. e a definição contida no art. 2º, n.º 1, Lei n.º 18/2003)³². Se bem que prevaleça, entre nós, a perspectiva da empresa como organização de factores

³⁰ Distanciamos-nos aqui do método adoptado por Ennio Russo, *ibidem*, para sustentar a respectiva posição. Não podemos prescindir do elemento “organização” constante da definição comunitária e das respectivas normas nacionais de transposição, que consta expressamente da lei. Impõe-se, todavia, interpretá-lo do modo que melhor se ajuste à intencionalidade subjacente à Directiva.

³¹ Cabe, porém, não descuar um importante aspecto, sublinhado por Ennio Russo, *ibidem*, p. 95: a força expansiva de uma nova definição introduzida na lei, dado o carácter analógico do discurso legislativo civil.

³² Oliveira Ascensão, *op. cit.*, p. 145, afirma estar muito próxima da verdade a concepção da empresa como actividade. Não estamos de acordo com o Autor (pp. 145 e 148), quando considera ser necessário, para a identificação da empresa, segundo este critério funcional ou de actividade, que esta se tenha já iniciado. Basta, quanto a nós, a prática de actos (como, por exemplo, a inscrição num registo, a publicidade, a celebração de contratos duradouros) que revelem a intenção do exercício de uma actividade, minimamente continuada. Neste sentido, ver Silva Morais, *op. cit.*, p. 155. Também Lobo Xavier, *Direito Comercial*, Coimbra, 1977-78, p. 40, admite a abordagem da empresa sob o perfil de actividade. Rodrigo Uría, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 2001, pp. 32 a 33, privilegia esta perspectiva da empresa como actividade e qualifica como empresa, em sentido jurídico-mercantil, “o exercício profissional de uma actividade económica planificada, com a finalidade de intermediação no mercado de bens e serviços”. Para este Autor, tal conceito de empresa é suficientemente amplo para abranger desde a grande empresa desenvolvida com poderosos meios instrumentais até à minúscula empresa reduzida à mera actividade de uma simples pessoa individual. Em sentido oposto, Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 252, refere que a acepção de empresa como actividade tende a cair em manifesto desuso. A concepção de empresa subjacente ao art. 230º, CCom., como pessoa, singular ou colectiva, que exerce certa actividade (que será qualificada especificamente como comercial quando essa actividade tiver certas características aí indicadas) está presente em Brito Correia, *Direito Comercial*, 1º vol., AAFDL, 1987, p. 27. Já para Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade...*, *cit.*, p. 30, e *Curso de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, p. 56, as actividades referidas no art. 230º devem ser praticadas no quadro de organizações de meios pessoais e/ ou reais.

produtivos com vista à criação de utilidades económicas³³, não deve esquecer-se que este é um conceito polissémico, apto a comportar vários sentidos e a ser abordado em várias acepções³⁴, podendo uma delas ser, pelo menos para o efeito de aplicação do Decreto-Lei n.º 32/2003, a de um determinado tipo de actividade (no caso económica ou profissional) exercida por um certo sujeito³⁵.

Em suma, tendo em conta a interpretação aqui professada, podem preencher o perfil subjectivo de “transacção comercial”, para efeito de aplicação do regime definido no Decreto-Lei n.º 32/2003, as pessoas singulares ou colectivas que exerçam uma actividade comercial, industrial, agrícola, pecuária, artesanal ou de profissão liberal.

Tal como atrás já se deixou enunciado, o sujeito da transacção comercial pode ter natureza privada ou também pública. No que diz respeito ao agente de carácter empresarial, é sabido que este pode assumir uma feição privatística ou também publicística, ou seja, uma empresa pode ser pública ou privada. Isto mesmo é explicitamente assinalado no considerando (22) da Directiva n.º 2000/35. Entre nós, o conceito

³³ Cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, Universidade de Coimbra, 1973, p. 127, e pp. 201 e ss., Joaquim Barros, *Regime geral dos actos de comércio*, in AAVV, «As operações comerciais», Almedina, Coimbra, 1988, pp. 26-27, Cassiano dos Santos, *op. cit.*, pp. 41-42. Para Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade...*, *cit.*, p. 304, embora referindo-se apenas à respectiva acepção objectiva, a empresa vem a ser a “unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade de produção para a troca”. Silva Morais, *op. cit.*, pp. 157, considera essencial que a empresa tenha como suporte uma organização estável de factores produtivos e rejeita as concepções de empresa que dispensem a ideia de organização. Ver também, na doutrina italiana, quanto à relevância do elemento organização para caracterizar a empresa, G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, 2006, pp. 27 e ss. A ciência económica refere-se, de um modo geral, à empresa como organização de factores produtivos (capital e trabalho).

³⁴ Para a demonstração de inexistência de um conceito unitário de empresa, ver Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade...*, *cit.*, em especial, pp. 286 e ss. Mais do que da falta de um conceito, nota Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, Coimbra, 1967, p. 91, “a problemática da empresa sofre de excesso ou profusão de conceitos”.

³⁵ O exercício de uma actividade económica ou profissional há-de naturalmente comportar um nível mínimo, de organização, ainda que muito rudimentar e, consequentemente, as duas acepções acabam por estar presentes em praticamente todas as hipóteses. Cfr., neste sentido, embora apenas para o exercício do comércio, Ferrer Correia, *op. cit.*, p. 127.

de empresa pública abrange, concretamente: a nível estadual, conforme preceitua o art. 3º, Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, as sociedades que, embora constituídas nos termos da lei comercial, estão sob influência dominante do Estado ou outras entidades públicas estaduais, e também as entidades públicas empresariais³⁶; a nível local, as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas, cuja noção e regime resultam da Lei n.º 53-F/2006, 29 de Dezembro. Mais impressiva é, contudo, a abrangência, no âmbito subjectivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 32/2003, de pessoas colectivas de direito público em geral. Efectivamente, caem na alçada deste diploma, não só os entes públicos (ou privados sob influência predominantemente pública), constituídos sob forma empresarial, como também, de um modo geral, todas as pessoas de direito público territorial e institucional.

O conceito de “entidade pública”, usado no art. 2º, n.º 1, da Directiva 2000/35, e no art. 3º, a), Decreto-Lei n.º 32/2003, não é definido nem pela Directiva, nem pelo nosso diploma de transposição, embora aquela cuide de remeter para a noção constante das directivas relativas aos concursos públicos (cfr. art. 2º, n.º 1, § 2º). Tendo presente o disposto em tais diplomas, integram o conceito de “entidade pública” para os efeitos decorrentes da Directiva 2000/35: o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público (qualquer organismo dotado de personalidade jurídica, criado para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial e cuja actividade seja financiada maioritariamente por entes públicos, e cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes), e as associações formadas por autarquias ou organismos de direito público³⁷.

³⁶ Apenas as entidades públicas empresariais têm verdadeiramente natureza jurídica pública; já as entidades de natureza societária, “constituídas nos termos da lei comercial”, têm personalidade de direito privado. Sobre o conceito de empresa pública e o regime do sector empresarial do Estado, ver Coutinho de Abreu, *Sobre as novas empresas públicas (notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)*, BFD, volume comemorativo do 75º tomo, Coimbra, 2003, pp. 555 e ss., Eduardo Paz Ferreira, *Aspectos gerais do novo regime do sector empresarial do Estado*, António Pinto Duarte, *Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas estaduais*, in AAVV, «Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado», Almedina, Coimbra, 2000, respectivamente pp. 9 e ss., e pp. 61 e ss. O regime jurídico do sector empresarial do Estado foi alvo recente de alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

³⁷ As Directivas relativas aos concursos públicos eram então: a 92/50/CEE, publicada no

O objectivo que subjaz à Directiva 2000/35, já diversas vezes assinalado neste texto, é a luta contra os atrasos nos pagamentos e, como tal, abrange aquelas entidades que identifica como responsáveis por um elevado volume de pagamentos às empresas³⁸. Bem andou assim o Tribunal da Relação de Coimbra, ao decidir, no Acórdão de 19 de Dezembro de 2006, a obrigação de um município, que adquiriu mercadorias a uma empresa e que se encontrava em mora quanto ao pagamento do respectivo preço, pagar juros comerciais, por não se dever considerar consumidor para os efeitos da exclusão estatuída no art. 2º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 32/2003³⁹. Como também nota este Tribunal, responsável pelos atrasos nos pagamentos e portanto causadora dos entraves à normal actividade económica das empresas é amiúde a própria administração pública, central ou local, justificando-se por isso plenamente a cobrança de juros de mora agravados.

No que diz respeito aos créditos derivados do exercício de actividades comerciais, não cremos que o diploma em análise tenha vindo alterar a taxa de juros de mora aplicável supletivamente, por falta de cumprimento atempado das obrigações contratuais de entidades públicas. Na verdade, e ao contrário do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Administrativo, no Acórdão de 5 de Abril de 2005⁴⁰, estando em causa o pagamento de uma dívida assumida por um ente público perante uma empresa comercial, relativamente à prestação de um serviço de índole

JOCE, n.º L209, de 24 de Julho de 1992, p. 1; a 93/36/CEE, a 93/37/CEE, a 93/38/CEE, publicadas no JOCE, n.º L199, de 9 de Agosto de 1993, respectivamente pp. 1, 54 e 84. Posteriormente, todas estas Directivas foram revogadas: a Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004, publicada no JOCE n.º L134, de 30-04-2004, pp. 114 a 240, revogou as três primeiras, atrás indicadas (92/50, 93/36 e 93/37) e a Directiva 2004/17/CE, de 31 Março de 2004, publicada no JOCE n.º L134, de 30-04-2004, pp. 1 a 13, revogou a última daquelas: a 93/38. No entanto, o conceito de “entidade pública” continua a ser fixado nos mesmos termos, consoante resulta do art. 1º, n.º 9, da Directiva 2004/18 e do art. 2º, n.º 1, a), da Directiva 2004/17.

³⁸ Cfr. considerando (22) da Directiva. Sobre a aplicação da disciplina do correspondente diploma italiano de transposição da Directiva aos entes públicos, ver Daniela Memmo, *I ritardi di pagamento della p. a. tra normativa speciale e giurisdizione esclusiva*, Contratti e Impresa, n.º 1, 2004, pp. 116 e ss.

³⁹ In www.dgsi.pt/jtrc. Estava em causa, em concreto, a falta de pagamento do preço devido por força de um contrato de fornecimento de equipamento de musculação e actividades de ginásio para a piscina municipal.

⁴⁰ Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, 523, p. 1130.

comercial, inserido no âmbito da respectiva actividade (no caso concreto, o fornecimento de refeições por uma sociedade comercial, que tem por objecto o exercício desta actividade, a um centro hospitalar) a taxa de juros de mora aplicável não era a prevista no art. 559º, CC (e portaria para que remete), mas sim a estipulada no art. 102º, § 3º, CCom. (e Portaria n.º 262/99, de 12 de Abril, então em vigor). Na falta de convenção das partes e de preceito especialmente definido pelas regras de direito público, há que aplicar o disposto no art. 102º, visto estar preenchida a respectiva hipótese legal: “crédito de que seja titular empresa comercial singular ou colectiva”. Ao decidir pela aplicação da regra de direito privado geral ou comum – art. 559º, CC – face à omissão de preceito especificamente aplicável de direito administrativo, com o argumento de não se estar perante acto de comércio, o Supremo Tribunal terá considerado a existência da categoria de actos unilateralmente comerciais e o pressuposto de facto exigido pelo art. 102º: titularidade do crédito por empresa comercial.

2.2 Delimitação negativa do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 32/2003

Como já atrás ficou dito, a alínea a) do art. 2º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 32/2003 exclui do respectivo âmbito de aplicação os contratos celebrados com consumidores. O nosso legislador, ao contrário do italiano, cuidou, pois, de excluir expressamente do âmbito de aplicação do regime especial de atrasos nos pagamentos os contratos celebrados com os consumidores⁴¹. O conceito de consumidor, cuja precisa delimitação não deixa de suscitar algumas dificuldades, não está definido nem na Directiva nem na nossa lei de transposição. Seguindo uma tendência uniformizada, deve entender-se como consumidor a pessoa singular que actua fora do exercício da respectiva actividade profissional⁴².

⁴¹ Com efeito, o diploma italiano que transpõe a Directiva comunitária, o Decreto Legislativo n. 231/2002, deixa em aberto o problema da aplicação do diploma às relações estabelecidas com empresários para fins distintos da respectiva actividade profissional, isto é, a aquisição de mercadorias ou serviços para a satisfação de necessidades pessoais ou de consumo. Ennio Russo, *Le transazioni commerciali*, cit., pp. 58-59, resolve este problema por via do carácter exemplificativo dos casos excluídos e de uma interpretação conforme à Directiva.

⁴² Sobre o conceito de consumidor, ver Elsa Dias de Oliveira, *A protecção dos consumi-*

As outras duas alíneas, b) e c), do mesmo n.º 2 do art. 2º destinam-se a realçar o que já decorre da delimitação positiva: o diploma aplica-se a todos os pagamentos efectuados como remuneração de transacções comerciais, mas apenas a estes. Consequentemente, não se aplica aos juros relativos a outros pagamentos que não os efectuados para remunerar transacções comerciais (e, designadamente, como é referido no considerando (13) da Directiva, embora não expressamente pelo nosso legislador, os pagamentos efectuados nos termos da legislação em matéria de títulos cambiários – letras; livranças e cheques⁴³) e também não se aplica aos pagamentos efectuados a título de indemnização por responsabilidade civil, incluindo os efectuados por companhias de seguros. O diploma não se aplica, conforme esta última alínea c), à indemnização devida, quer esta tenha como fonte o incumprimento de

dores nos contratos celebrados através da Internet, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 49 e ss. A Autora começa por notar a ausência de contornos bem definidos na doutrina e nas leis para a noção em análise, embora venha depois a identificar um núcleo comum às diversas definições: a contratação com fins não profissionais. Encontram-se algumas definições de consumidor na lei nacional, designadamente, no art. 2º, n.º 1, a), Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, diploma que regula o contrato de crédito ao consumo; no art. 2º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (lei de defesa do consumidor); no art. 1º, n.º 3, a), Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, relativo à protecção dos consumidores nos contratos celebrados à distância. O Direito Comunitário tende a considerar como consumidor apenas a pessoa singular (*vide*, a título exemplificativo, a Directiva 97/7/CE). Segundo o art. 10º do Anteprojecto do Código do Consumidor, “considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional”. O art. 11º deste Anteprojecto prevê também uma extensão do regime protector nele definido às pessoas colectivas, e também singulares, que provem não ter competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade. Quanto às dificuldades suscitadas nas hipóteses de actuações com “finalidades mistas”, ver Gravato Morais, *Do regime jurídico do crédito ao consumo*, Scientia Iuridica, 2000, pp. 386-388, e Giuseppe Spoto, *op. cit.*, p. 167.

⁴³ Como também explica Ennio Russo, *Le transazioni commerciali...*, *cit.*, p. 72, a emissão de um título de crédito transforma a obrigação de pagamento em obrigação abstracta, deixando como tal de constituir o correspectivo de uma prestação contratual, para passar a ser uma obrigação de pagamento de uma quantia pecuniária incorporada num documento. Claro que isto, acrescentamos nós, só funciona no plano de relações mediatas. Já no plano de relações imediatas valem as regras da obrigação causal subjacente. Sobre a diferente posição do devedor no plano de relações imediatas e de relações mediatas, ver Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. III, 1975, pp. 69-71.

obrigação contratual (como dever secundário de prestar derivado do incumprimento de obrigação contratual), quer tenha como fonte um ilícito extracontratual. Sempre que uma companhia seguradora efectuar o pagamento de uma indemnização a título de cobertura de responsabilidade civil pelo respectivo segurado, o diploma também não se lhe aplica. Segundo Pupo Correia, a alínea c) deveria ser mais explícita, posto que muitos dos pagamentos efectuados por companhias de seguros o são a título de cumprimento de obrigação contratual⁴⁴. Naturalmente, há que ler a referência feita aos pagamentos das seguradoras enquanto incluída no contexto delimitado pela primeira parte da alínea.

O art. 2º, n.º 2, não tem carácter exemplificativo, pelo que as situações que ficam excluídas são apenas as três enunciadas. Não se fez uso da possibilidade conferida pelo art. 6º, n.º 3, da Directiva e, como tal, as situações aí indicadas – a saber: dívidas objecto de processo de insolvência intentado contra o devedor; contratos celebrados até à data da transposição e juros devidos de montante inferior a cinco euros – caem no domínio de aplicação do diploma⁴⁵.

2.3. Síntese conclusiva e questões suscitadas pelas alterações introduzidas ao art. 102º

O art. 4º do Decreto-Lei n.º 32/2003 preceitua que “os juros aplicáveis aos atrasos nos pagamentos são os estabelecidos no Código Comercial”. Com esta norma, o legislador serve o objectivo, expressamente assinalado no preâmbulo, de evitar uma duplicação na fixação de taxas mínimas de juros de mora, sujeitando todas as “transacções comerciais” a um mesmo regime definido pelos §3º e §4º do art. 102º, CCom, independentemente ou à margem da sua inclusão nos limites do juridicamente mercantil. Na verdade, e por mais esbatidos ou discutíveis que estes limites sejam, não se estendem seguramente a actividades como a agricultura, o artesanato, a indústria extractiva, a pecuária e as profissões liberais, as quais, por via da remissão operada pelo art. 4º, Decreto-Lei n.º 32/2003, ficam abrangidas pelo regime específico de definição dos juros de mora aplicáveis às obrigações mercantis.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 434.

⁴⁵ Referindo-se também ao carácter não exemplificativo do diploma, cfr. Gravato Moraes, *A Tutela do credor... cit.*, pp. 280-281.

O art. 102º do CCom. é pois objecto de uma acentuada mudança do respectivo âmbito de actuação, no que especificamente respeita aos juros de mora devidos por atrasos nos pagamentos, por força do regime definido a este propósito pelo Decreto-Lei n.º 32/2003. Notoriamente, tal âmbito de aplicação alarga-se a actividades não incluídas no conceito de comércio, entendido em sentido jurídico. Por outro lado, e embora isto resulte muito menos notório, afigura-se-nos que tal campo de aplicação também diminui, na medida em que se excluem do regime especial de juros de mora pelos atrasos nos pagamentos os contratos celebrados com os consumidores. Com efeito, se a transacção entre uma empresa comercial e um consumidor caía no domínio de aplicação do regime especial da lei comercial, fica hoje excluída daquele em virtude do disposto no art. 2º, n.º 2, a), do Decreto-Lei n.º 32/2003 e da intencionalidade que lhe está subjacente – a protecção do consumidor, tratado como parte mais fraca do contrato. A obrigação de pagamento do consumidor ao comerciante é remetida para o regime geral da lei civil, devendo o consumidor apenas pagar os juros de mora decorrentes do art. 559º, CC, actualmente fixados em 4% pela Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril⁴⁶. Parece-nos, efectivamente, ser esta a intenção da Directiva, consagrada pelo nosso diploma no art. 2º, n.º 2, a).

O Decreto-Lei n.º 32/2003 introduz portanto mais uma relevante diluição do interesse em qualificar uma determinada actividade económica como especificamente mercantil, exprimindo, na matéria dos atrasos nos pagamentos, a “solidariedade de todos os campos «económicos» do Direito”⁴⁷. Cada vez mais, nas relações jurídico-económicas, e o regime em análise constitui apenas um novo marco, a grande clivagem é traçada entre actuação no âmbito do exercício de actividade profissional e actuação para satisfação de necessidades pessoais ou de consumo.

As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 32/2003 aplicam-se apenas a uma certa modalidade de juros, os designados juros moratórios, devidos pelo atraso no pagamento da contraprestação de uma transacção comercial. Quanto a outros aspectos de regime dos juros comerciais mantém-se a respectiva aplicação no âmbito dos limites do comércio em sentido jurídico.

⁴⁶ Publicada no Diário da República, I-B, de 8 de Abril de 2003.

⁴⁷ A expressão é utilizada por Orlando de Carvalho, *op. cit.*, p. 104, n. 52.

Segundo a definição proposta por Vaz Serra, o juro é “uma quantidade de coisas fungíveis, que pode exigir-se como rendimento de uma obrigação de capital, em proporção do montante ou do valor desta e do tempo durante o qual se está privado da utilização do mesmo capital”, constituindo portanto uma obrigação acessória de uma outra, a de capital, sem a qual não pode nascer⁴⁸. O juro fixa-se portanto quantitativamente, com relação a dada unidade temporal, por uma percentagem do valor da coisa. Como explica Pinto Furtado, o objecto da prestação de juros tem pois uma estrutura tridimensional, visto que o respectivo cômputo é feito em três dimensões: capital, taxa e tempo⁴⁹. Quanto à função dos juros, distinguem-se habitualmente: os juros correspectivos ou remuneratórios – destinam-se a compensar o uso legítimo do dinheiro ou outra coisa; moratórios – visam indemnizar o credor pelo atraso na prestação; compensatórios – servem o objectivo de compensar o credor pelas utilidades concedidas ao devedor⁵⁰.

Em virtude das alterações introduzidas ao art. 102º, pelo art. 6º do Decreto-Lei n.º 32/2003, cabe questionar se o novo mecanismo de fixação dos juros comerciais se aplica apenas aos juros moratórios ou também às outras modalidades funcionais (correspectivos e compensatórios) de juros mercantis. O problema suscita-se, quanto a nós, em virtude da eliminação da referência ao art. 559º, CC, no § 2º do 102º e da alteração introduzida no § 3º que, diferentemente da versão anterior, fala não apenas em taxa supletiva de juros moratórios, mas antes em “juros moratórios legais e os estabelecidos sem determinação de taxa ou quantitativo”. Segundo Pupo Correia⁵¹, a taxa fixada nos termos dos § 3º e 4º do art. 102º é aplicável apenas aos juros moratórios provenientes de actos de comércio dos quais seja credor um empresário comercial; nos restantes casos em que sejam devidos juros provenientes de actos de comércio e designadamente juros correspectivos, será aplicável a taxa fixada nos termos do art. 559º, CC. Para este Autor,

⁴⁸ *Obrigações de juros*, BMJ, n.º 55, pp. 159 e ss. Como também nota o Autor, pp. 164 e 168, depois de nascida a obrigação de juros, não se mantém a dependência perfeita da obrigação principal, pelo que, extinta esta, não se extingue necessariamente a obrigação de juros.

⁴⁹ *Disposições gerais do código comercial*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 286-287.

⁵⁰ Cfr. Vaz Serra, *Resposta*, RLJ, 89º, p. 326, n. 2, e *Mora do devedor*, BMJ, 48º, p. 111, Pinto Furtado, *ibidem*, p. 278.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 428-429.

ainda que, de forma “inútil e contraproducente”, se tenha eliminado a remissão expressamente feita pelo §2º do art. 102º, CCom para o art. 559º, CC, esta norma continua a valer para os juros mercantis por força da aplicação subsidiária do regime da lei civil, como, aliás, consta do art. 3º, CCom.

Estamos de acordo com a perspectiva de Pupo Correia. Nada, no regime definido pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, leva a crer que houvesse intenção de alterar o esquema de fixação de juros comerciais, estabelecido desde o diploma de 1983, que veio apenas definir, para o comércio, uma taxa supletiva especial de juros de mora, de valor tendencialmente mais elevado, mantendo para as outras modalidades a aplicação do regime geral de direito privado. Relembre-se o objectivo subjacente a este diploma: estabelecer medidas de luta contra os atrasos nos pagamentos. A referência feita no § 3º a juros “estabelecidos sem determinação de taxa ou quantitativo” deverá entender-se como referente a juros de mora que se convencionaram sem ter sido fixada a respectiva taxa.

3. O MECANISMO DE FIXAÇÃO DOS JUROS

O art. 4º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 32/2003, determina que “os juros aplicáveis aos atrasos de pagamento das transacções previstas no presente diploma são os estabelecidos no Código Comercial”. A taxa de juro não está, porém, fixada imediatamente no art. 102º, CCom., mas sim em diploma avulso para o qual remete. Deste modo, preceitua o art. 102º, § 3º, CCom (na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 32/2003) que “os juros moratórios legais e os estabelecidos sem determinação de taxa ou quantitativo, relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou colectivas, são os fixados em portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça”. A transposição do art. 3º, n.º 1, d), Directiva – “a taxa praticada para os juros de mora (“taxa legal”) que o devedor é obrigado a pagar corresponde à taxa de juro da principal facilidade de refinanciamento aplicada pelo Banco Central Europeu (BCE), à sua principal operação de refinanciamento mais recente efectuada no primeiro dia de calendário do semestre em causa (“taxa de referência”), acrescida de sete pontos percentuais (“margem”), pelo menos, salvo especificação em contrário no contrato” – foi realizada através do aditamento de mais um parágrafo-

fo, o § 4º, ao art. 102º, CCom. Este determina que a taxa legal a fixar em Portaria, referida no § 3º, não pode ser “inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efectuada antes do 1º dia de Janeiro ou Julho, consoante se esteja, respectivamente, no 1º ou no 2º semestre do ano civil, acrescida de 7 pontos percentuais. Apesar de a taxa de juro de 12%, definida pela Portaria n.º 262/99⁵², de 12 de Abril, então em vigor, respeitar o limite mínimo estipulado pela instância comunitária (taxa da operação principal de refinanciamento do BCE, acrescida de 7 pontos percentuais), o legislador português decidiu revogar aquele diploma de forma a melhor acolher a nova redacção do art. 102º, CCom., prevenindo uma eventual subida do indexante, por via do art. 3º da Portaria n.º 1105/2004. Contudo, esta Portaria foi indevidamente publicada na II série do Diário da República, n.º 244, de 16 de Outubro de 2004 e, consequentemente, ficou o seu conteúdo desprovido de eficácia. Na verdade, contendo disposições genéricas, tal Portaria devia ter sido publicada na 1ª série B do Diário da República, conforme determinava o art. 3º, n.º 3, b), Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro. Como tal, a revogação da Portaria n.º 262/99, de 12 de Abril, só veio a ocorrer em 19 de Julho de 2005, por força da Portaria n.º 597/2005, agora correctamente publicada na 1ª série -B, Diário da República. Conforme prescreve o art. 2º desta última Portaria, o valor da taxa supletiva de juros moratórios, actualmente definido por referência à taxa de juro aplicada pelo BCE à sua mais recente operação principal de refinanciamento, é divulgado na 2ª série do Diário da República, por Aviso da Direcção Geral do Tesouro, respectivamente para o 1º e 2º semestre de cada ano até 15 de Janeiro e 15 de Julho⁵³.

⁵² Publicada na 1ª Série B do Diário da República n.º 85/99, de 12.04.1999. Esta Portaria dispunha exactamente o seguinte: “manda o Governo, pelos Ministros das Finanças e da Justiça, que, ao abrigo do § 3º do artigo 102º do Código Comercial, a taxa supletiva de juros moratórios relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou colectivas, seja fixada em 12%”.

⁵³ Para o 2º semestre de 2005, foi fixada pelo Aviso da DGT n.º 6923/2005, a taxa de 9, 05%; para o 1º semestre de 2006, o Aviso da DGT n.º 240/2006 deu a conhecer a taxa de 9, 25%; para o 2º semestre de 2006, a taxa em vigor foi a de 9, 83% (Aviso n.º 7706/2006); para o 1º semestre de 2007, a taxa em vigor é a de 10, 58%, conforme o Aviso da DGT n.º 191/2007, publicado na 2ª série do Diário da República, de 5 de Janeiro de 2007, e, finalmente, para o 2º semestre de 2007, a taxa está fixada em 11, 07% pelo Aviso da DGT n.º 13665/2007, publicado na 2ª série do Diário da República,

4. A INDEMNIZAÇÃO DO DANO DA MORA

Na obrigação pecuniária, a indemnização dos danos da mora do credor corresponde aos juros a contar do dia da constituição em mora (806º, CC). O devedor não pode provar que o credor não sofreu qualquer dano para se furtar à obrigação de pagamento de juros; em contrapartida, também não pode o credor exigir indemnização excedente, demonstrando que sofreu prejuízo superior. Começa assim o art. 806º por fixar a regra segundo a qual os juros constituem o máximo e o mínimo da indemnização, independentemente da existência ou do montante real do dano⁵⁴. O n.º 3 do art. 806º (aditado pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho) introduziu um desvio a esta regra, conferindo ao credor a possibilidade de exigir indemnização suplementar, contanto prove que a mora lhe causou dano superior, mas circunscreveu-a à esfera da responsabilidade por facto ilícito (extracontratual) ou pelo risco.

O n.º 3 do art. 4º do Decreto-Lei 32/2003 realiza a obrigação de transpor a regra do art. 3º, n.º 1, e), da Directiva, atribuindo ao credor de pagamento efectuado como remuneração de transacção comercial o direito de exigir indemnização suplementar, desde que prove a superioridade do dano em relação ao juro. Acolhe-se, deste modo, no diploma relativo aos atrasos nos pagamentos de transacções comerciais, a solução já defendida em tese geral por Vaz Serra, aquando dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966⁵⁵. O credor pode efectivamente sofrer com a mora um dano superior ao montante dos juros moratórios: porque teve de obter o dinheiro de que necessitava a uma taxa mais

de 30 de Julho de 2007.

⁵⁴ Como explica Vaz Serra, *Mora do devedor*, BMJ, n.º 48, pp. 7 e 99, entende-se, por um lado, que o credor sofre sempre um prejuízo, porquanto o dinheiro é uma coisa que facilmente se faz frutificar; por outro lado, este esquema de fixar a indemnização pelos juros evita discussões sobre o montante real do dano, difícil de provar (que destino teria o credor dado ao dinheiro se a obrigação fosse cumprida a tempo).

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 101 e ss. Já aqui o Autor dava conta de que a exclusão de indemnização superior aos juros moratórios não corresponde ao sentimento jurídico, sendo contrária a uma orientação generalizada, e pronunciava-se a favor da solução segundo a qual, provando o credor dano superior aos juros moratórios, pode exigir a indemnização correspondente. Pinto Monteiro, *op. cit.*, p. 898, defendia a possibilidade de uma interpretação restritiva ou até correctiva do art. 806º, que restringisse o alcance da norma à atribuição ao credor de uma indemnização moratória «forfaitaire» não o impedindo, contudo, de obter a indemnização por danos superiores, desde que provados.

elevada; porque veio a ser declarado insolvente em virtude da impossibilidade de cumprir as suas próprias obrigações vencidas ou, ainda, porque ficou impedido de realizar uma aplicação mais lucrativa do seu dinheiro⁵⁶. Admite-se aqui, para a dívida de pagamento efectuado como remuneração de transacção comercial, o direito de o credor obter a reparação integral do dano. Na medida em que a este é imputado o ónus da prova de dano excedente do valor do juro, fazem-se recair sobre ele as dificuldades da prova, uma das razões determinantes da regra de fixação prévia da indemnização⁵⁷. A Directiva reconhece aos Estados-membros a possibilidade de fixar montantes máximos de prejuízos indemnizáveis em função de diferentes níveis de dívida, que não foi aproveitada pelo legislador português.

O devedor tem a possibilidade de provar que não lhe é imputável culpa alguma, furtando-se assim ao pagamento da indemnização devida pelo atraso no cumprimento. Esta regra deverá valer quer para os juros moratórios quer para a indemnização suplementar⁵⁸. Não deixa, neste

⁵⁶ *Mora do devedor, cit.*, pp. 104-105. Segundo Ana Catarina Rocha, *A cláusula de reserva de propriedade na Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre as medidas de luta contra os atrasos de pagamento*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano II, p. 17, a indemnização definida pela Directiva (razoável e proporcional à dívida em questão por todos os prejuízos sofridos em virtude da mora do devedor), destina-se a cobrir os custos relativos à cobrança da dívida (despesas administrativas; processuais ou relativas à prestação de serviços por terceiros) que não possam ser incluídos no montante dos juros de mora. Assim sendo, o preceito de transposição para o direito português, (art. 4º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 32/2003) terá ido além do disposto na Directiva visto que não se limita ao ressarcimento do credor pelos custos de cobrança da dívida, referindo-se antes à indemnização suplementar por danos superiores aos juros. Por outro lado, não é feita referência aos princípios da transparência e da proporcionalidade constantes da Directiva. Sobre o significado a atribuir a estes dois princípios, cfr. Noah Vardi, *op. cit.*, pp. 1041-1042. O princípio da transparência requer, segundo o Autor, que a prova dos custos da cobrança seja rigorosa e o princípio da proporcionalidade implica uma valorização de tais custos à luz da entidade devedora.

⁵⁷ Além deste, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, p. 68, apontam como fundamentos da regra do art. 806º: o agravamento de litígios judiciais; a incerteza jurisprudencial na apreciação do prejuízo do credor e a injustiça de ficar o devedor na dependência de factos que lhe eram estranhos e ocasionais.

⁵⁸ Diversamente Vaz Serra, *Mora do devedor, cit.*, pp. 108 e 302, sustenta que o devedor deve pagar juros moratórios ainda que a mora não lhe seja imputável: conservando o dinheiro em seu poder, o devedor pôde tirar proveito dele. Já a mesma solução não se

contexto, de ter aplicação a regra do art. 804º, n.º 2, CC, correspondente, aliás, à orientação da Directiva (cfr. art. 3º, n.º 1, c)). Apesar de a dificuldade para o devedor de provar a falta de culpa no atraso de pagamento praticamente converter os juros moratórios em consequência de responsabilidade objectiva, não deve postergar-se o princípio geral da culpa do devedor no não cumprimento⁵⁹.

justificaria no caso de indemnização suplementar, pois o devedor já não é obrigado a conseguir com o dinheiro um rendimento correspondente a tal indemnização. Quanto à indemnização suplementar, poderia portanto o devedor furtar-se ao respectivo pagamento, provando que a mora não lhe é imputável. No sentido de que a regra do art. 804º, n.º 2, é também aplicável às obrigações pecuniárias, Pires de Lima/Antunes Varela, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁹ Angelo Riccio, *La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie*, in *Contratto e Impresa*, n.º 3, 2002, pp. 1307 e ss., e Giulia Rossi, *Il ritardo di pagamento imputabile al creditore*, *Contratto e Impresa*, n.º 2, 2004, pp. 567 e ss., notam que a previsão na Directiva de admissibilidade de prova liberatória pelo devedor choca com o princípio vigente no ordenamento jurídico italiano da incondicional responsabilidade daquele em matéria de obrigações pecuniárias. O art. 3 do decreto legislativo de 9 de Outubro de 2002, n. 231, que transpõe tal regra para o ordenamento italiano, veio assim introduzir uma brecha no regime especial das obrigações pecuniárias, introduzindo a impossibilidade temporária não imputável no cumprimento das obrigações pecuniárias derivadas de transacções comerciais. Angelo Riccio, p. 1313, sugere mesmo a desaplicação do assinalado art. 3, tendo em vista o *favor creditoris* subjacente à Directiva e o disposto no art. 11, 2º, do decreto italiano de transposição, segundo o qual as disposições deste diploma são aplicáveis com a ressalva de normas constantes do código civil ou de legislação especial que contenham uma disciplina mais favorável ao credor. Ora, a disciplina do Código Civil italiano em matéria de obrigações pecuniárias é mais favorável ao credor, porquanto não admite a isenção do devedor em mora. Segundo Giulia Rossi, p. 569, são, apesar de tudo, restritas as possibilidades de o devedor de obrigação pecuniária fazer prova da não imputabilidade do não cumprimento. Ainda assim, para salvar a disposição da Directiva e o correspondente art. 3 do decreto legislativo de 9 de Outubro de 2002, n. 231, aponta a hipótese de ocorrer algum incidente na transmissão do dinheiro, como por exemplo, descaminhos bancários ou postais, apesar de o devedor ser responsável pela forma de pagamento escolhida, e o caso de o atraso ser imputável ao credor. Reinhard Schulte-Braucks / Steven Ongena, *The late payment directive – a step towards an emerging European Private Law?*, *European Revue of Private Law*, vol. 11., n.º 4, 2003, p. 530, sublinham que o devedor não pode usar como fundamento para se escusar à responsabilidade o facto de os seus próprios devedores não terem pago ou de as entidades públicas terem falhado o aprovisionamento devido.

5. O MOMENTO A PARTIR DO QUAL SE VENCEM OS JUROS DE MORA

Como é sabido, e decorre, aliás, expressamente, do art. 805º, CC, o devedor constitui-se em mora, nas obrigações com prazo certo, assim que este expire (mora *ex re*), e quando a obrigação não depender de prazo certo, com a interpelação (mora *ex persona*)⁶⁰. Os juros de mora vencem-se portanto a partir do dia subsequente à data de pagamento ou ao termo do prazo de pagamento estipulado no contrato. Diversamente da Directiva – art. 3º, n.º 1, a) –, não cuidou, porém, o legislador português de repetir esta regra, já predisposta em termos gerais na al. a) do n.º 2 do art. 805º, CC. Quando do contrato não conste a data ou prazo de pagamento, para evitar incertezas quanto ao momento a partir do qual se vencem os juros de mora, já o legislador português fixa, no art. 4º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 32/2003, em termos coincidentes aos do art. 3º, n.º 1, b), da Directiva, que os juros vencem-se automaticamente, “sem necessidade de novo aviso”⁶¹, a partir de uma data determinada em função das variáveis indicadas nas alíneas a) a d) da mesma norma. Assim, serão devidos juros de mora: decorridos trinta dias após a data da recepção da factura ou documento equivalente; decorridos trinta dias após a data da recepção efectiva dos bens ou da prestação de serviços, quando a data anterior (de recepção da factura ou documento equivalente) for incerta⁶²

⁶⁰ Ver, por todos, Vaz Serra, *Mora do devedor*, cit., p. 6 e sobre a interpelação como simples acto jurídico, pp. 69 e ss.

⁶¹ Evidentemente, como nota Cassiano dos Santos, *op. cit.*, p. 140, esta menção feita no n.º 2 do art. 4º a “novo aviso” não se refere a qualquer acto de interpelação anteriormente feito pelo credor, reportando-se às comunicações respeitantes às facturas e supostas nas respectivas alíneas.

⁶² Gravato Morais, *op. cit.*, p. 285, depois de notar as críticas feitas pela doutrina à correspondente solução da directiva (art. 3º, n.º 1, b)), tida como “altamente problemática”, visto que, quando o credor envia a factura após a entrega do bem ou depois da prestação do serviço lhe convém tornar incerta a data da sua recepção para beneficiar da contagem do prazo a partir do momento da referida entrega ou prestação, defende que se faça uma interpretação restritiva da nossa alínea b), de modo a que esta não se aplique quando for claro que a factura foi remetida 30 dias depois da entrega dos bens ou da prestação dos serviços. Assim, também, Aurelia Colombi Ciacchi, *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. B) Germania*, Europa e Diritto Privato, 2004, pp. 208-209. Reinhard Schulte-Braucks / Steven Ongena, *op. cit.*, p. 530 consideram, porém, razoável a solução do art. 3º, 1, b), da Directiva na medida em que o credor necessita de ter um ponto de apoio quando o devedor questiona a data da recepção da factura.

ou se tiver verificado antes desta segunda; decorridos trinta dias após a data de aceitação quando esteja previsto um processo mediante o qual deva ser determinada a conformidade dos bens ou serviços e o devedor receba a factura ou documento equivalente antes dessa aceitação. Das hipóteses apresentadas parece-nos ser de concluir que a data prevalecente é a de trinta dias a contar da recepção da factura ou documento equivalente, salvo se esta ocorrer antes da recepção efectiva dos bens ou prestação de serviços ou da aceitação dos mesmos. Se aquela ocorrer posteriormente, e salvo se for incerta, o prazo de trinta dias conta-se a partir da respectiva ocorrência, isto é, a partir do momento em que é recebida a factura ou documento equivalente^{63/64}.

O efeito de interpelação é atribuído a um acto neutro como o envio da factura, não sendo necessária uma intimação para pagar, que é sempre um acto, em certo sentido, desagradável. A expedição da factura é considerada pela jurisprudência um acto de constituição em mora, porquanto é tida como interpelação extrajudicial do devedor nos termos

⁶³A factura é o documento do qual consta a descrição da qualidade e quantidade das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados e o respectivo preço, eventualmente com indicações sobre a modalidade de entrega e pagamento e despesas de transporte. Além da já assinalada função de constituição em mora, a factura pode servir funções várias: determinar a data em que as mercadorias são postas à disposição do comprador e consequentemente o prazo para reclamar da respectiva falta de qualidade ou quantidade; definir o momento em que as coisas foram entregues ao expedidor; suprir a ausência de formalização do acordo. A factura funda-se num contrato anterior, situando-se na fase executiva, subsequente à respectiva conclusão. Essencialmente, a factura constitui uma declaração de verdade ou de ciência (atesta a qualidade ou quantidade das mercadorias entregues ou serviços prestados) escrita que se filia num acordo preexistente, relativamente ao qual conserva, contudo, autonomia. Sobre o conceito, funções e natureza jurídica da factura, ver Panuccio, s.v. «Fattura», *in* Enciclopedia del Diritto, pp. 1018 e ss. Como nota o Autor, p. 1023, apesar de a eficácia da factura estar condicionada à preexistência do contrato, aquela mantém plena autonomia relativamente à contratação subjacente: os vícios de uma não se comunicam sempre à outra e o desconhecimento ou rejeição da factura não importa necessariamente o mesmo relativamente ao negócio base. Quanto aos elementos que devem obrigatoriamente constar das facturas emitidas pelos sujeitos passivos de IVA, cfr. alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 256/2003, de 21 de Outubro, ao Código do IVA.

⁶⁴O art. 28º, n.º 13, CIVA, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 256/2003, de 21 de Outubro, define como documentos equivalentes a facturas “os documentos e, no caso de facturação electrónica, as mensagens que, contendo os requisitos exigidos para as facturas, visem alterar a factura inicial e para ela façam remissão”.

do art. 805º, n.º 1, CC⁶⁵. Mesmo assim, a nova lei simplifica e clarifica tal efeito.

Se o devedor declarar que não quer cumprir, também neste domínio deve entender-se que não há necessidade de interpelação.

6. A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL

O art. 5º, n.º 1, a), limita a autonomia contratual das partes na fixação do prazo de pagamento, cominando com a sanção da nulidade as cláusulas contratuais que, “sem motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas”, venham estabelecer “prazos excessivos para o pagamento”. A autonomia privada mantém-se, mas encontra aqui limites cogentes que não pode ultrapassar⁶⁶. São também nulas, conforme a alínea b), as cláusulas que, dentro das mesmas balizas, excluam ou limitem a responsabilidade pela mora⁶⁷. Com este fundamento – falta de motivo atendível e justificado face às circunstâncias do caso concreto para limitar a responsabilidade pela mora – afasta-se, em princípio, a

⁶⁵ Assim, por exemplo, no Acórdão de 9 de Janeiro de 1984, CJ, 1984, t. I, p. 102, a Relação de Lisboa sustenta o entendimento de que a remessa da factura configura uma interpelação extrajudicial tácita e não uma simples informação do preço, constituindo-se o devedor na obrigação de satisfazer juros de mora. Em Acórdão de 7 de Abril de 1992, também a Relação de Lisboa, *in* www.dgsi.pt, decidiu que, uma vez decorrido o prazo de trinta dias de moratória concedida ao devedor, para pagar o preço da factura, este ficava constituído em mora, pois não se impunha qualquer outro “acto específico ou individual de interpelação para o efeito”. De igual modo, o Acórdão da Relação do Porto, de 7 de Fevereiro de 2000, *in* www.dgsi.pt, decidiu que “a remessa da factura de fornecimentos efectuados por uma empresa comercial a outra, em certa data, equivale à interpelação do devedor para efeitos do art. 805º do Código Civil”, considerando também que “atentas as regras de experiência e os usos comerciais correspondentes”, “impedia sobre o devedor a obrigação de pagamento imediato na sequência do recebimento das facturas correspondentes”.

⁶⁶ Segundo Ennio Russo, *Le transazioni commerciali*, cit., pp. 229 e ss., a circunstância de a lei não proibir a manifestação de autonomia privada, definindo-lhe apenas um limite, confere à norma uma natureza cogente e não imperativa e à cláusula que a viole a sanção de ineficácia e não de invalidade.

⁶⁷ Nuno Pinto de Oliveira, *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade do devedor*, Scientia Iuridica, 2003, p. 69, n. 48, nota que deve encarar-se com reserva a concepção implícita no art. 5º, Decreto-Lei n.º 32/2003, porquanto exprime uma “deslocação” do direito dos contratos do pólo da liberdade contratual para o da harmonia e justiça social.

possibilidade de fixar uma taxa de juros inferior à legal⁶⁸.

Os contraentes mantêm a liberdade de convencionar o prazo e modalidades do pagamento, mas obsta-se, por via do preceito em análise, ao abuso da liberdade de contratar, prevenindo-se o desequilíbrio na definição do prazo e responsabilidade pelo atraso no pagamento em consequência de uma eventual desigualdade de posições. Na parte afectada pela invalidade, regem as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, ao disposto no art. 239º, CC: vontade hipotética das partes com o limite da boa fé. Quando o prazo de pagamento for excessivo, o n.º 3 do art. 5º remete, concretamente, para os prazos do n.º 2 do art. 4º ou para a fixação judicial do prazo com base em equidade.

As cláusulas dos contratos que se reconduzam ao conceito de “transacção comercial” e que disponham sobre a data de pagamento ou sobre as consequências do atraso do pagamento são avaliadas tendo em conta o caso concreto e as circunstâncias que o acompanham. É possível, contudo, identificar alguns parâmetros de apreciação da validade de tais cláusulas. Assim, desde logo, constitui parâmetro de apreciação da validade da cláusula sobre prazo de pagamento o dado objectivo fornecido pelo prazo supletivo fixado no art. 4º, n.º 2⁶⁹. Elementos úteis para tal apreciação, susceptíveis de justificar em concreto a ultrapassagem dos prazos legalmente definidos, são também: a prática comercial (comparação entre os prazos de pagamento fixados no contrato e aqueles que são próprios da praxe comercial); a natureza do bem ou serviço; a dimensão da empresa dos contraentes, a respectiva capacidade económica e disponibilidade financeira (é mais grave o atraso de pagamento a uma pequena empresa: o objectivo da Directiva é a protecção das pequenas e médias empresas mais prejudicadas pelos atrasos nos pagamentos) ou, ainda, outros contratos celebrados entre os mesmos contraentes⁷⁰.

⁶⁸ Assim, Gravato Morais, *A tutela do credor...*, cit., p. 291.

⁶⁹ Como nota Cassiano dos Santos, *op. cit.*, p. 141, é esse o referente da lei.

⁷⁰ Cfr. art. 3º, n.º 3, Directiva que alude a “boas práticas comerciais” e a “natureza dos produtos”. Ver também Ennio Russo, *Le transazioni commerciali*, cit., pp. 242 e ss., que aponta os elementos, assinalados no texto, como parâmetros de valorização da “grave iniquità dell’acordo”, expressão utilizada pela lei italiana (art. 7) para definir o critério de controlo do abuso da liberdade de contratar nas transacções comerciais. Ver também, quanto a tais parâmetros, Giuseppe Spoto, *op. cit.*, p. 180, que aponta ainda como exemplo de um comportamento que não pode ter-se como correcto, o do empresário que convencionou prazos de pagamento injustamente mais longos do que aqueles que ele próprio se vinculou a respeitar. Sobre a interpretação e enquadramento dogmático

A invocação da nulidade pode ser feita extrajudicialmente⁷¹, mas deve, em tal caso, conforme exige o art. 5º, n.º 4, efectuar-se por escrito, com a devida fundamentação, isto é, através da alegação de circunstâncias que fundamentem a falta de justificação para o carácter excessivo do prazo ou para a exclusão ou limitação de responsabilidade pela mora.

O n.º 5 do art. 5º prevê que as cláusulas nulas, quando configuradas como cláusulas contratuais gerais, possam ser objecto de acção inibitória, visando dar cumprimento à meta comunitária constantes do n.º 4 e n.º 5 do art. 3º da Directiva (existência de meios adequados e eficazes para evitar a utilização continuada de cláusulas abusivas). O disposto naquela norma é, aparentemente, desnecessário porquanto, tratando-se de cláusulas contratuais gerais, a acção inibitória já poderia ser desencadeada por força do previsto nos arts. 18º, c), 19º, b) e 25º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. A aplicação deste preceito pode, contudo, ter relevância prática quando estiver em causa um “contrato submetido a normas de direito público”, hipótese excluída do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, atento o disposto no art. 3º, c), deste diploma. Esta expressão parece-nos abranger apenas os contratos submetidos a normas substantivas de direito público, designadamente, os contratos administrativos (como por exemplo, o contrato de empreitada de obras públicas; o contrato de fornecimento contínuo; o contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública e o contratos de locação e de aquisição de bens móveis e serviços⁷²), e já não também aqueles em que, sendo uma

do art. 7, do diploma italiano, ver Gabriele Salvi, «*Accordo gravemente iniquo*» e «*ri-conduzione ad equità*» nell’art. 7, d. lgs. N. 231 del 2002, *Contratto e impresa*, n.º 1, 2006, pp. 166 e ss.

⁷¹ A possibilidade de invocar extrajudicialmente a nulidade por simples declaração unilateral à outra parte não é, em geral, admitida no sistema jurídico português. Exige-se, em princípio, que a nulidade seja declarada por sentença, embora possam também as partes reconhecê-la, por acordo. Ver, a propósito, Rui de Alarcão, *A confirmação dos negócios anuláveis*, Atlântida Editora, Coimbra, 1971, pp. 60-62, e *Invalidez dos negócios jurídicos – Anteprojecto para o novo código civil*, BMJ, n.º 105, pp. 212 e ss., e Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Universidade Católica Editora, 2001, Lisboa, pp. 473-474.

⁷² Cfr. art. 178º, n.º 2, CPA e art. 1º Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho. O contrato administrativo constitui apenas uma categoria de contratos de direito público, que englobam também, por exemplo, os contratos fiscais. Sobre o conceito de contrato admi-

das partes o Estado ou outro ente público, ficam sujeitos a um regime de direito público apenas quanto ao respectivo procedimento de formação, isto é, de escolha do outro contraente⁷³. De qualquer modo, conforme o art. 5º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 32/2003, as cláusulas que “estabeleçam prazos excessivos para o pagamento” ou que “excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade pela mora”, “sem motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas” constantes de contratos em que uma das partes seja o Estado ou um ente público podem ser objecto de acção inibitória.

7. O MECANISMO PROCESSUAL DE COBRANÇA

Considerando que a demora processual na reparação do interesse do credor constitui, de par com a definição de taxas de juros demasiado baixas, um dos factores capazes de tornar o atraso de pagamento financeiramente atraente para os devedores, o legislador comunitário veio exigir que seja assegurada ao credor a obtenção de um título executivo no prazo de noventa dias desde a apresentação do respectivo pedido judicial, não contestado, independentemente do montante da dívida⁷⁴. Esta disposição ditou a norma nacional do art. 7º do Decreto-Lei n.º 32/2003, que reconhece ao credor o direito de recorrer à providência de injunção pelo atraso de pagamento em transacções comerciais, independentemente do valor da dívida.

A providência de injunção está regulada, entre nós, pelo Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, que aprovou o regime dos procedimentos para cumprimento de obrigações pecuniárias (RPCOP), tendo por finalidade conferir força executiva ao requerimento destinado a exigir o cumprimento de tais obrigações⁷⁵. Para utilizar este proces-

nistrativo, ver Pedro Gonçalves, *O contrato administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 25 e ss. Quanto à diferença entre contrato de direito administrativo e contrato de direito privado, pp. 45 e ss.

⁷³ Não nos parece assim inteiramente correcta, por demasiado genérica, a referência feita no Preâmbulo à impossibilidade de aplicar a acção inibitória quando o predisponente seja o Estado, antes da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 32/2003.

⁷⁴ Cfr. considerando (16) e art. 5º da Directiva.

⁷⁵ A injunção surgiu, entre nós, com o Decreto-Lei n.º 404/93, de 10 de Dezembro, mas este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 107/2005, de 1 de Julho, que procedeu ao alargamento do âmbito de aplicação do regime da injunção, o qual passou a destinar-se a exigir o

so exigia-se que o montante da obrigação, cujo cumprimento se peticionasse, não excedesse o valor da alçada do tribunal de 1ª instância. Por este motivo, houve necessidade de introduzir alterações ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, de modo a adaptar o procedimento de injunção às novas exigências comunitárias e, designadamente, alargar o respectivo âmbito de aplicação às obrigações emergentes de transacções comerciais, tal como definidas pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, independentemente do montante da dívida. Assim, quando estiver em causa o pagamento de remuneração de transacção comercial, o credor pode intentar a providência de injunção de modo a obter, de forma célere, título executivo, mesmo que o respectivo débito exceda o valor fixado para as obrigações pecuniárias emergentes de contratos em geral (actualmente o valor da alçada da relação)⁷⁶.

O requerimento de injunção deve ser apresentado segundo as formas previstas em Portaria do Ministro da Justiça, no qual será indicado que se trata de transacção comercial abrangida pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro. A falta desta indicação só acarreta, porém, a recusa do requerimento se o valor ultrapassar a alçada da Relação. O requerimento é apresentado na secretaria do tribunal do lugar do cumprimento da obrigação ou do lugar do domicílio do devedor (8º, n.º 1, RPCOP). Se, depois de notificado, nos termos dos arts. 12º, 12º-A e 13º, RPCOP, o requerido não deduzir oposição, o secretário judicial apõe no requerimento de injunção a fórmula indicada no art. 14º, do mesmo diploma: “este documento tem força executiva”. Do acto de recusa da aposição de fórmula executória cabe reclamação para o juiz, nos termos do art. 14º, n.º 3⁷⁷.

cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior à alçada da Relação.

⁷⁶ Posto que, naturalmente, esteja respeitado o âmbito subjectivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 32/2003. Conforme decidiu a Relação do Porto, no Acórdão de 26 de Setembro de 2005, publicado na CJ, t. IV, p. 177, o procedimento de injunção não pode ser usado contra consumidores quando o valor da dívida seja superior à alçada do tribunal de 1ª instância limite então em vigor. Sendo os réus pessoas singulares que não apareciam a exercer actividade económica ou profissional autónoma de forma organizada, não podiam ser qualificados como “empresa” para efeito de aplicação do art. 7º, Decreto-Lei n.º 32/2003.

⁷⁷ Sobre o procedimento de injunção, ver Salvador da Costa, *A injunção e as conexas acção e execução*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 169 e ss.. Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de processo de execução*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 54, nota que no nosso

sistema jurídico não se encontra consagrado um procedimento de injunção, mas antes um procedimento para aposição de fórmula executória. Com efeito, não há uma ordem de pagamento, nem uma intervenção do juiz; na ausência de oposição ao requerimento, a fórmula executória é aposta por um oficial de justiça. Cfr., art. 14º, do Regime dos Procedimentos para o Cumprimento de Obrigações Pecuniárias, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 107/2005, de 1 de Julho. Segundo Salvador da Costa, *A injunção e as conexas acção e execução*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 150, resulta deste procedimento um “título executivo extrajudicial especial ou atípico”, posto que, embora não se trate de um título executivo de natureza administrativa (porque não deriva da exclusiva iniciativa de um órgão da administração), também não se trata de um título judicial (porque não resulta de actividade de um órgão jurisdicional).