

O REGIME JURÍDICO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: HARMONIZAÇÃO COMUNITÁRIA E O REGIME PORTUGUÊS. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO PAGAMENTO DE JUROS DE MORA

*António Carlos de Sousa Pinto
João Pedro Teixeira Brito da Silva
Eugénio Fernando Sá Cerqueira Marinho*

SUMÁRIO

- 1 – Introdução*
- 2 - A harmonização comunitária*
- 3 – A contratação pública em Portugal*
 - 3.1 – O Regime Jurídico das Empreitadas. O Decreto-Lei n° 55/99, de 2 de Março*
 - 3.2 – O Regime Jurídico da Realização de Despesas com Locação e Aquisição de Bens e Serviços. O Decreto-Lei n° 197/99, de 8 de Junho*
 - 3.3 – O projecto do novo código dos Contratos Públicos*
- 4 – Os juros de mora*
 - 4.1 – A directiva 2000/35/CE e o Decreto-Lei n° 32/2003, de 17 de Fevereiro – Sua Justificação*
 - 4.2 – A Responsabilidade do Estado no pagamento de Juros de mora, prevista no Decreto-Lei n° 59/99, de 2 de Março*

I- INTRODUÇÃO

O Regime Jurídico da Contratação Pública (na dupla vertente: Empreitada de Obras Públicas e Aquisição de Bens e Serviços) é matéria fundamental no ordenamento jurídico português, para a adjudicação de obras e serviços públicos, celebração dos contratos, execução e contabilidade, até, das empreitadas, fornecimentos e outras aquisições.

Ao longo dos anos, muita e diversa legislação se produziu sobre esta matéria, na procura constante da sua adaptação à indústria da construção. Inicialmente, dominada pela feição publicista dos contratos, tendo então o dono da obra, amplo e importantes privilégios em relação ao empreiteiro, num manifesto desequilíbrio de posições que se fundamentava no alegado interesse público¹.

Com a publicação do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, que regula o regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas e o Decreto-Lei nº 55/95 de 29 de Março, adoptam-se novas regras e medidas quer de regulação do mercado, quer de inovação e de estabelecimento de regras de funcionamento, nomeadamente através da adopção de mecanismos de defesa dos interesses do contraente “privado”, em resultado, até, de imperativos do direito comunitário e de exigências de sistematização do direito português.

Dos Decreto-Lei nº 405/93 e nº 55/95, evolui-se, respectivamente, para os actuais Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março e Decreto-Lei nº 197/99, diplomas ainda em vigor e sobre os quais nos pronunciaremos quando abordarmos, mais adiante, a contratação pública em Portugal.

Em Portugal, o sector da construção agrega, actualmente, mais de 47 000 empresas activas, na esmagadora maioria, pequenas e médias empresas, empregando, directamente mais de 600 000 pessoas, com expressão no PIB em mais de 6%. É um sector fundamental para a economia nacional. Dai a importância de o dotar de instrumentos adequados para promover a sua contínua qualificação, inovação e competitividade. Daí, também, a necessidade de evolução, para um novo Código da Contratação Pública, que aí vem, unificando-se, num só diploma, o regime das empreitadas de obras públicas, constante do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março e o regime de aquisição de bens e serviços constante do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, para além da inclusão da matéria tratada nas Directivas Comunitárias aplicáveis.

II- A HARMONIZAÇÃO COMUNITÁRIA

Em 30 de Abril de 2004, foi publicada a Directiva 2004/18/CE, de

¹Cfr. Silva, Jorge Andrade, Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, Almedina, 9.ª Edição, 2004 (Nota Introdutória).

31 de Março² respeitante à contratação pública de fornecimentos, serviços e empreitadas.

Esta directiva revoga a Directiva 92/50/CEE (serviços) com excepção do seu artigo 41º, a Directiva 93/36/CEE (fornecimento) e a Directiva 93/37/CEE (empreitadas), passando estes três sectores a reger-se por esta nova e única directiva.

A data da revogação atrás mencionada era 31 de Janeiro de 2006, constituindo, também, a data limite para a transposição da directiva 2004/18/CE. Quer isto significar que, em 1 de Fevereiro de 2006, Portugal deveria ter já em vigor os diplomas legais necessários á transposição desta directiva³.

Contudo, apesar de o Estado Português não ter, até ao momento, procedido à referida transposição (como ficou já devidamente explicitado na introdução antecedente), não o desonera, por isso, do cumprimento das exigências comunitárias, nomeadamente do cumprimento das regras dos mercados públicos, nem o exclui das possíveis implicações legais decorrentes deste incumprimento.

E assim, para as contratações públicas cujos valores estimados dos respectivos contratos sejam inferiores aos limiares comunitários fixados na directiva 2004/18/CE, os diplomas legais nacionais vigentes nesta matéria (Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de Março e Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho), serão de observação/cumprimento obrigatório⁴.

Relativamente às contratações públicas cujos valores estimados dos respectivos contratos sejam superiores aos limiares comunitários fixados na Directiva 2004/18/CE, as disposições legais nela contidas serão de observar se e na medida em que forem passíveis de concretização, ou seja, quando tais normas sejam claras e precisas.

E quais são estes limiares?

O artigo 7º da secção I do Capítulo II do Título II da Directiva 2004/18/CE, refere que os contratos públicos não excluídos por força

²Rectificada pela Directiva 2005/75/CE de 16 de Novembro e alterada pelos Regulamentos (CE) nºs 1874/2004 de 28 de Outubro e 2083/2005 de 19 de Dezembro (este último altera os limiares comunitários previstos na Directiva 2004/18/CE)

³Cfr. Nº 1 do artigo 80º da Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março, publicada no JO 134 – Série L de 30 de Abril de 2004

⁴Abaixo dos limiares das directivas, os Estados Membros não têm obrigação de transposição.

da excepção prevista no artigo 10º (celebrado no domínio da defesa), artigo 11º (acordo quadro) e dos artigos 12º a 18º (contratos excepcionados) estão sujeitos à aplicação da Directiva, desde que o valor estimado, sem Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares⁵:

a) 137.000 Euros, para os contratos públicos de fornecimento e de serviços, celebrados por entidades adjudicantes que sejam autoridades governamentais centrais mencionadas no anexo IV⁶; no que diz respeito aos contratos públicos de fornecimento celebrados por entidades adjudicantes que operem no domínio da defesa, este limiar só se aplica aos contratos que abrangem produtos mencionados no anexo V;

b) 211 000 Euros:

— Para os contratos públicos de fornecimento e de serviços celebrados por entidades adjudicantes não mencionadas no anexo IV⁷;

— Para os contratos públicos de fornecimento celebrados pelas entidades mencionadas no anexo IV que operem no domínio da defesa, caso esses contratos digam respeito a produtos não mencionados no anexo V;

— Para os contratos públicos de serviços celebrados por qualquer entidade adjudicante que tenham por objecto determinados serviços de investigação e desenvolvimento (IDT), de telecomunicações, de hotelaria, de transportes ferroviários e de navegação, de disponibilização de recursos humanos, de formação profissional, de investigação e segurança, determinados serviços jurídicos sociais e sanitários, recreativos, culturais e desportivos;

c) 5 278 000 Euros, para os contratos de empreitada de obras públicas.

O artigo 8º da Directiva, relativamente aos contratos subsidiados em mais de 50% pelas entidades adjudicantes, determina a sua aplicação às seguintes adjudicações⁸:

⁵ Cfr, alíneas a) b) e c) do artigo 7º, na redacção dada pelo nº 1 do artigo 2º do Regulamento (CE) nº 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005, publicado no JO de 20.12.2005.

⁶ Para efeitos do anexo IV deve entender-se, para Portugal, como autoridades governamentais centrais os ministérios ou estabelecimentos públicos nacionais

⁷ Que não sejam autoridades governamentais

⁸ Artigo 8º, na redacção dada pelo nº 2 do artigo 2º do Regulamento (CE) nº 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005, publicado no JO de 20.12.2005.

a) Dos contratos subsidiados directamente em mais de 50% pelas entidades adjudicantes e cujo valor estimado, sem IVA, seja igual ou superior a 5 278 000 euros, quando esses contratos:

- Digam respeito às actividades de engenharia civil;
- Incidam em obras de construção de hospitais, de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, de estabelecimentos de ensino e de edifícios para uso administrativo;

b) Dos contratos de serviços subsidiados directamente em mais de 50% pelas entidades adjudicantes e cujo valor estimado, sem IVA, seja igual ou superior a 211 000 euros, quando esses contratos estejam em ligação com um contrato de empreitada de obras na acepção da alínea a) anterior.

3 – A CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL

3.1 – O Regime Jurídico das Empreitadas. O Decreto-Lei nº 55/99, de 2 de Março

O Regime jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 55/99, procedeu a uma revisão global do anterior regime em vigor (O Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro), apresentando, então, profundas inovações resultantes, quer da necessidade de transposição da Directiva nº 93/37/CEE, quer, ainda, da exigência de sistematização do direito interno, fruto das alterações legislativas levadas a cabo no sector das obras públicas, de que resultou o surgimento dos seguintes diplomas:

– Decreto-Lei nº 60/99, de 2 de Março, que criou o Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliários;

– Decreto-Lei nº 61/99, de 2 de Março, que regula o acesso e permanência na actividade de empreiteiro de obras públicas e industrial de construção civil.

Importará aqui realçar, alguns aspectos - inovatórios relativamente ao anterior regime legal - constantes deste diploma legal:

– Alarga-se o âmbito de aplicação deste regime às concessionárias de serviço público e às sociedades de interesse colectivo que exerçam actividades em regime exclusivo ou privilegiado;

- Criam-se duas comissões: Uma responsável pela qualificação dos concorrentes e outra responsável pela análise das propostas⁹;
- Explicita-se a possibilidade de o concorrente apresentar proposta com preço firme, renunciando assim, à revisão de preços;
- Introduzem-se alterações no regime da garantia dos contratos, traduzidas essencialmente nos seguintes aspectos: Substituição da caução pela retenção de 10% dos pagamentos a efectuar no caso de obras de valor inferior a 5000 contos; aumento da caução, até 30% do preço total do contrato, em casos excepcionais devidamente justificados e publicitados; Substituição da caução por contrato de seguro adequado à execução da obra pelo preço total do respectivo contrato e Manutenção da caução por um período de cinco anos, correspondente ao prazo de garantia;
- Regula-se ex novo a subcontratação em obra pública, criando-se um regime para o contrato de empreitada de direito privado; derogatório daquele que está previsto no capítulo XII do título II do livro II do Código Civil, regime este que, para além das vantagens em termos de conhecimento da actividade, até para efeitos de classificação dos empreiteiros de obras públicas, cria condições de sã concorrência;
- Interditam-se a possibilidade de subempreitar trabalhos ou partes da obra de valor superior a 75% do valor da obra;
- Consagram-se normas reguladoras específicas para o contrato de concessão de obras públicas. Tal resulta, por um lado, de um imperativo comunitário, já que a Directiva n.º 93/37/CE tem disposições concretas sobre esta matéria (designadamente quanto às matérias de publicidade, prazo para apresentação das propostas e subcontratação), e, por outro, das próprias exigências de sistematização e coerência do direito interno, que, até ao momento, apresenta uma lacuna quanto a este regime;
- Inclui-se uma disposição sobre higiene, saúde e segurança no trabalho - matérias reguladas em legislação especial - cujo não cumprimento dá ao dono da obra o direito de rescindir o contrato;
- Explicitam-se medidas desburocratizadoras, com especial destaque, o da presunção de existência de idoneidade, capacidade técnica e

⁹ Cfr. Artigo 60º, nº 1 “Serão constituídas duas comissões, uma que supervisionará as fases do concurso, designada “comissão de abertura do concurso” e uma segunda que supervisionará as restantes fases, até à conclusão do concurso, designada “comissão de análise das propostas”.

capacidade económica e financeira pela posse do certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas adequado para a obra posta a concurso;

– Inclui-se, ainda, um regime relativo ao «controlo de custos de obras públicas», o que implica uma restrição muito significativa da possibilidade de execução de trabalhos que envolvam aumento de custos resultantes, designadamente, de trabalhos a mais e erros ou omissões do projecto, instituindo-se mecanismos de controlo das condições em que tais trabalhos possam ser autorizados¹⁰.

3.2 – O Regime Jurídico da Realização de Despesas com Locação e aquisição de Bens e Serviços. O Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho

A aprovação do regime jurídico de realização de despesas públicas e da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis constante do Decreto-Lei nº 197/99, para além de transpor para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro, revogou o Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março, diploma que continha, em múltiplos aspectos, uma regulamentação desadequada e que era objecto de críticas generalizadas por parte da Administração Pública, das autarquias locais e dos agentes económicos em geral, tinha como meta alcançar os seguintes objectivos:

- Simplificar procedimentos.
- Garantir a concorrência. Objectivos que adiante desenvolveremos.

Este Decreto-Lei nº 197/99 reconheceu expressamente a natureza e a especialidade das autarquias locais – que no âmbito das suas atribuições e competências tem vindo a exigir providências e medidas, não só no plano administrativo e financeiro, como no da criação de mecanismos e instrumentos de intervenção cada vez mais adequados à nova realidade económica nacional – estabelecendo normas próprias de acordo com o consagrado princípio da autonomia local.

A nível de sistematização deste diploma, optou-se pôr no capítulo I as matérias comuns a todas as aquisições, desde as regras relativas à realização de despesas até às normas sobre celebração de contratos,

¹⁰ Cfr. Preâmbulo do DL n.º 59/99, de 2 de Março.

passando pelas noções comuns aos diversos procedimentos e sua regulamentação.

Não obstante os princípios constitucionais da actividade da Administração Pública e os princípios consagrados no Código do Procedimento Administrativo terem vocação para se aplicar à matéria disciplinada neste diploma, entendeu-se incluir neste capítulo I uma secção dedicada aos princípios gerais da contratação pública, que se traduz numa novidade no panorama legislativo português. O objectivo foi o de explicitar, ainda que sinteticamente, o sentido dos princípios que mais frequentemente têm vocação para se aplicar no domínio da contratação pública, que é uma área em que, muitas vezes, as regras são insuficientes e dificilmente aplicáveis sem o recurso aos referidos princípios.

Nos capítulos seguintes, são regulados os aspectos específicos de cada um dos procedimentos, tendo havido a preocupação de densificar aqueles que se encontravam escassamente regulamentados no Decreto-Lei n.º 55/95.

No regime jurídico da realização das despesas públicas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 197/99, destacam-se os seguintes aspectos inovadores¹¹:

– Estabelece-se um único valor até ao qual as diversas entidades têm competência para autorizar despesas, independentemente do procedimento em causa, sem prejuízo de em situações específicas ser exigível a autorização de outras entidades para a escolha prévia do tipo de procedimento¹²;

– Aumentam-se os valores até aos quais são competentes para autorizar despesas os directores-gerais e os órgãos máximos dos serviços com autonomia administrativa e com autonomia administrativa e financeira¹³;

– Estabelece-se a competência para autorizar despesas dos órgãos das autarquias locais¹⁴;

– Consagra-se a possibilidade de se efectuarem despesas com seguros de viaturas oficiais, desde que limitados à responsabilidade civil

¹¹ Cfr. Cordeiro da Cunha, António, *Regime Jurídico da realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública* – CEFA – 2.ª Ed., 2000.

¹² Cfr. Artigos 17º e 18º

¹³ Cfr. Artigo 17º

¹⁴ Cfr. Artigo 18º

contra terceiros com o capital mínimo obrigatório previsto por lei, sem necessidade de prévia autorização do respectivo ministro e do Ministro das Finanças ¹⁵;

– Criam-se regras especiais sobre delegação de competências, nomeadamente para as autarquias locais ¹⁶;

– Introdução de um novo procedimento: A Consulta prévia ¹⁷;

– Regulamentação e clarificação do regime jurídico dos concursos para trabalhos de concepção.

Retomemos agora, os objectivos que este diploma se propunha alcançar:

1º Simplificação de procedimentos

Para simplificação dos diversos procedimentos, eliminaram-se todas as formalidades que se julgaram desadequadas, desnecessárias ou demasiado onerosas para os interesses envolvidos. Neste âmbito:

– Substitui-se a entrega inicial da documentação de que os concorrentes não se encontram em qualquer situação de impedimento para concorrer prevista na lei, por uma declaração sob compromisso de honra, sem prejuízo da entidade adjudicante poder, a qualquer momento, solicitar os documentos comprovativos das situações declaradas e de exigir ao adjudicatário antes da celebração do contrato, nos casos previstos, determinados documentos comprovativos ¹⁸;

– Aumenta-se o valor até ao qual não é exigida a celebração de contrato escrito em relação a despesas de valor igual ou inferior a 10.000 contos (contravalor, 50.000,00 euros);

– Estabelece-se a possibilidade de se proceder a pagamentos adiantados ¹⁹;

– Dispensa de audiência prévia dos interessados nas locações ou aquisições de valor igual ou inferior a 5.000 contos (contravalor, 25.000,00 euros) ²⁰;

– Instituição de um júri, responsável por todas as operações do procedimento ²¹;

¹⁵ Cfr. Artigo 19º

¹⁶ Cfr. Artigos 27º a 29º

¹⁷ Cfr. Al. e), nº 1 e nº 6 do artigo 78º, artigo 81º, artigo 85º e artigos 151º a 160º

¹⁸ Cfr. Nº 2 do artigo 33º, e nº 3 do artigo 152º

¹⁹ Cfr. Artigo 72º

²⁰ Cfr. Nº 1 artigo 153º e 154º

²¹ Cfr. Artigo 90º

– Consagração do acto público como um momento de análise formal dos documentos e das propostas²²;

– Não exclusão de concorrentes e de propostas por razões meramente formais²³;

2. Garantir a concorrência

Com o objectivo de aperfeiçoar o sistema de garantias para os contratantes adoptam-se as seguintes soluções:

– Passa a ficar restringida a possibilidade de anulação do procedimento, porquanto entende-se que quando a entidade adjudicante inicia um procedimento de contratação deve, em princípio, levá-lo até ao fim, a não ser que causas supervenientes de interesse público determinem a sua anulação²⁴;

– Clarificação do regime de audiência prévia nos diversos procedimentos, estabelecendo-se que esta é sempre escrita e quais os momentos em que a mesma é exigida²⁵;

– Exigência dos contra-interessados nos casos em que os recursos tenham por objecto o acto de adjudicação²⁶;

– Possibilidade de interposição de recurso hierárquico na tramitação do procedimento²⁷;

– Determinação de que alguns actos não podem ser praticados sem que estejam decididos os recursos²⁸;

– Possibilidade da cessão da posição contratual.

3.3 – O Projecto do novo Código dos Contratos Públicos

O Governo Português apresentou recentemente à discussão pública e institucional, um novo projecto de Código da Contratação Pública, relativo à realização de empreitadas de obras públicas e à aquisição de bens e serviços por entidades públicas, incluindo o recurso ao regime de concessões e a outras formas de parcerias público-privadas.

²² Cfr. Artigo 100º e 104º

²³ Cfr. Nº 4 do artigo 101º

²⁴ Cfr. Artigos 56º, 57º e 58º

²⁵ Cfr. Artigo 41º

²⁶ Cfr. Nºs 1 e 2 do artigo 182º

²⁷ Cfr. Artigo 180º

²⁸ Cfr. Nº 2 do artigo 181º

É pretensão deste projecto legislativo – assim vem referido - promover e garantir uma maior simplificação, transparência e rapidez de procedimentos e uma maior responsabilização de todos os agentes, públicos e privados, envolvidos neste tipo de processos, com particular incidência no sector da construção.

Com este novo Código da Contratação Pública, unifica-se, num só diploma, o regime das empreitadas de obras públicas, constante do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março e o regime de aquisição de bens e serviços constante do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, para além da inclusão da matéria tratada nas Directivas Comunitárias aplicáveis.

É propósito deste novo diploma, integrar a matéria da Directiva n.º 2004/17/CE, de 31 de Março, relativa à contratação pública dos chamados «sectores especiais» (água, energia, transportes e serviços postais), que até agora tem a sua sede legislativa no Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto, por, transversalmente, respeitar também às empreitadas de obras públicas e aos contratos de aquisição de bens e de serviços.

Também neste contexto, é igualmente propósito transpor para este Código, a Directiva n.º 2004/18/CE, de 31 de Março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Este projecto de diploma será complementado por outras iniciativas em curso, que pretendem, designadamente, entre outras:

– O desenvolvimento de uma Plataforma Tecnológica que pretende vir a garantir numa forma mais rápida, mais fácil e menos burocratizada de relacionamento entre todos os intervenientes neste tipo de processos;

– O reforço do papel regulador do Estado no sector da construção e do imobiliário, o que resultará num crescente rigor no acesso e permanência das empresas na actividade da construção, determinando uma maior credibilização dos Alvarás de construção, e contribuindo, necessariamente, também, para a desejada maior transparência e simplificação de todos os processos de adjudicação das obras públicas;

– A criação de um Observatório das Obras Públicas com vista a garantir um maior rigor na observação, atenta e sistemática, da Obra

Pública, e que permitirá conhecer as causas dos desvios nos custos e nos prazos de execução das obras, e promover o conjunto de acções conducentes à sua eliminação.

4 – OS JUROS DE MORA

4.1 – A directiva 2000/35/CE e o Decreto-Lei n.º 32/2003²⁹, de 17 de Fevereiro – Sua justificação

Os atrasos nos pagamentos e os prazos de pagamento excessivamente longos constituem, para o tecido empresarial, um grave problema económico, com repercussões diversas, nomeadamente ao nível social. Actualmente, recaem sobre as empresas, particularmente sobre as de pequena e média dimensão, pesados encargos administrativos e financeiros em resultado destes atrasos nos pagamentos e prazos excessivamente longos que, em muitos casos, que em muitos casos acabam por originar a insolvência das mesmas e consequente perda de postos de trabalho.

Estudos efectuados revelavam que uma em quatro falências decorre de atrasos de pagamentos, o que conduz à perda de 450.000 postos de trabalho por ano, para além de que, todos os anos ficam por pagar dívidas no valor de EUR 23,6 biliões por causa das falências causadas pelos atrasos de pagamento.

Segundo um estudo efectuado pela *Intrum Justitia* em 2004, Portugal mantinha o risco de crédito mais elevado da Europa, pagando as suas contas, em média, apenas após 85,3 dias.

Agrava toda esta situação, um estudo internacional da mesma entidade, que revelava, no que diz respeito ao pagamento efectuado pelo Estado, Portugal demora em média 150,8 dias para regularizar as dívidas contraídas. Estes atrasos do Estado acabam por funcionar como bola de neve, daí resultando: O Estado deve às câmaras, às empresas, aos contribuintes. As câmaras devem às Juntas, às empresas de electricidade e telefones, às construtoras e outros prestadores de serviços. As construtoras aos fornecedores e aos trabalhadores e, estes, a quase tudo e ainda aos bancos.

Consciente da gravidade da situação, o legislador comunitário veio, através da Directiva n.º 2000/35/CE, de 29 de Junho, estabelecer

²⁹ Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 107/2005, de 1 de Julho

medidas de combate aos atrasos nos pagamentos em transacções comerciais, medidas essas transpostas pelo legislador português no Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro.

A finalidade última desta Directiva foi, assim, combater a situação gravosa dos atrasos nos pagamentos e, dirigir-se, especialmente, à situação particularmente difícil que enfrentavam, e enfrentam, as pequenas e médias empresas.

O novo regime jurídico resultante desta Directiva, aplica-se a todos os pagamentos efectuados como remunerações de transacções comerciais, excluindo-se os pagamentos efectuados no âmbito de contratos celebrados com os consumidores finais, os juros relativos a pagamento que não se destinem a remunerar transacções comerciais, e as indemnizações por responsabilidade civil³⁰.

Importa destacar, como conceitos base deste diploma, as definições de “transacção comercial” e “empresa” previstas no artigo 3º. Entende o legislador por “transacção comercial” qualquer transacção entre empresas ou entre empresas e entidades públicas, qualquer que seja a respectiva natureza, forma ou designação, que dê origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra uma remuneração. De realçar a sujeição das transacções realizadas entre empresas privadas e entidades públicas às mesmas regras que as transacções exclusivamente privadas.

Entende o legislador por “empresa” uma qualquer organização que desenvolva uma actividade económica ou profissional autónoma, mesmo que exercida por pessoa singular, querendo com isto significar, que este novo regime jurídico se aplica, de igual modo, às transacções realizadas por profissionais liberais. Definido, assim, os conceitos e âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 32/2003, importa analisar algumas das principais medidas preconizadas:

O primeiro destaque vai para a sujeição de todas as transacções comerciais ao regime de juros previsto no Código Comercial, nos termos do qual os juros moratórios legais e os estabelecidos sem determinação de taxa são os previstos em portaria/ aviso, que, actualmente é, para o semestre de 2006, uma taxa de 9,25%³¹. É estabelecido um valor míni-

³⁰ Cfr. Artigo 2º do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro.

³¹ Aviso n.º 240/2006, publicado na 2ª série, da D-Geral do Tesouro, em conformidade com o disposto no n.º 2 da PRT 597/2005, de 19 de Julho.

mo para a mencionada taxa de juro, que terá por referência a taxa de juro aplicada pelo Banco Europeu, acrescida de 7 pontos percentuais.

Determina-se que, sempre que do contrato não conste a data de pagamento, são devidos juros de mora que se vencem automaticamente, sem necessidade de qualquer aviso, a partir uma data determinada, em regra, 30 dias após a recepção dos bens ou serviços.

Admite-se como possível – sempre que o credor prove que o atraso no pagamento lhe causou um prejuízo superior ao valor dos juros moratórios devidos – a exigência de uma indemnização suplementar.

A frequente desigualdade de posição entre as partes leva a que alguns contratos contenham normas que colocam o equilíbrio dos mesmos – por exemplo, estabelecendo prazos excessivos de pagamento – com claro benefício para a parte com maior poder negocial. Ora, para obviar a este estado de coisas, comina-se a nulidade para aqueles que, sem motivo atendível ou justificado face às circunstâncias concretas:

- (a) estabeleçam prazos excessivos para o pagamento;
- (b) excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade pela mora.

“Motivo atendível e justificado face às circunstâncias” e “prazo excessivo para pagamento” são conceitos que o legislador não explicita e terão que ser preenchidos, caso a caso, em função do bem ou serviço em causa e o tipo de transacção comercial em concreto.

A invocação da nulidade pode ser feita, conforme vem previsto no artigo 5º, do Diploma legal citado, de forma judicial ou extrajudicial, devendo, neste último caso, ser efectuada por escrito, e com indicação dos seus fundamentos. No caso de as cláusulas nulas serem cláusulas gerais, podem as mesmas ser objecto da chamada “acção inibitória” (mesmo que o devedor seja o Estado).

A Directiva 2000/35/CE impunha aos Estados-Membros a obrigação de assegurarem a possibilidade do credor obter um título válido, independentemente do montante da dívida, no prazo máximo de 90 dias a contar da apresentação ao requerimento ou petição ao Tribunal ou a outra entidade competente, desde que não houvesse impugnação da dívida ou de aspectos processuais.

O legislador português optou por cumprir / assumir essa obrigação permitindo ao credor, em caso de atraso de pagamento nas transacções comerciais, recorrer à figura da injunção, interdependentemente do

valor da dívida. Para esse efeito, basta a apresentação de um requerimento junto do Tribunal competente, que deverá conter, para além dos demais requisitos gerais, a indicação de que está em causa uma transacção comercial pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro. NO caso de o requerimento não ser contestado, ser-lhe-á aposta a fórmula executória, transformando-se num título executivo.

As novas regras contra o atraso nos pagamentos em transacções comerciais entraram em vigor em 18 de Fevereiro de 2003 (com excepção das regras relativas ao processo de injunção, que apenas se iniciou em 19 de Março de 2003³²), aplicando-se aos créditos e às prestações dos contratos de execução continuada ou reiterada que se vençam após aquela data.

4.2 – A Responsabilidade do Estado no pagamento de juros, prevista no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março

Estipula o artigo 213º do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, sob a epígrafe, (mora no pagamento), que se o atraso no pagamento exceder o prazo estipulado ou fixado por lei nos termos do número anterior³³, será abonado ao empreiteiro o juro calculado a uma taxa fixada por despacho conjunto do Ministério das Fianças e do ministro responsável pelo sector das obras públicas.

No regime anterior ao Decreto-Lei nº 405/93, a taxa de juros a aplicar era igual à taxa básica de desconto do Banco de Portugal, adicionada de 1%, tomando para o efeito o tempo decorrido desde o dia seguinte ao da expiração do prazo até ao dia fixado na notificação do pagamento.

Com a publicação da Portaria nº 1227/2001, de 27 de Outubro, estabeleceu-se que a taxa equivalente que substitui a taxa de desconto do Banco de Portugal *é igual à taxa mínima de proposta aplicável às operações principais de refinanciamento pelo Banco Central Europeu.*

Pelo aviso nº 241/2006, 2ª série, de 11 de Janeiro, da Direcção-Geral do Tesouro³⁴ foi fixado que durante o primeiro semestre de 2006,

³² Cfr. Artigo 10º do DECRETO-LEI 32/2003, de 17 de Fevereiro

³³ O artigo 212º do DECRETO-LEI 59/99 fixa em 44 dias (úteis) o prazo de pagamento.

³⁴ Em conformidade com o nº 1 do despacho conjunto nº 603/2004, publicado no DR, 2ª série, de 16 de Agosto.

a taxa de juros a aplicar no âmbito do nº 1 do artigo 213º do Decreto-Lei 59/99, de 2 de Março, isto é, a taxa de juros de mora a abonar ao empreiteiro pelos atrasos nos pagamentos das empreitadas de obras públicas é de 9,25% (7% + 2,25%), que é exactamente a mesma taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou colectivas, nos termos do parágrafo 3º do artigo 102º do Código das Sociedades Comerciais³⁵.

BIBLIOGRAFIA

SILVA, Jorge Andrade – Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas – Almedina -9ª Edição – 2004

CORDEIRO DA CUNHA, António – Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública – Cefa – 2ª Edição - 2000

BERNARDINO, Mário – Aquisição de Bens e Serviços na Administração Pública – Almedina – Novembro de 2000

FERREIRA, Jorge A. B. – Empreitadas e Fornecimentos de Obras Públicas – Legislação, Doutrina, Jurisprudência e Actos Comunitários – Cefa – 2000

LUIS, Jorge Gomes – Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas – Vislis Editores – Outubro de 1999

Junho de 2006

³⁵ Cfr. Ident. Aviso nº 240 da Direcção-Geral do Tesouro