

Algumas notas preliminares sobre o Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio, que estabelece medidas contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais

Some notes on the Portuguese Act on Late Payment in commercial transactions (DL 62/2013, 10.05)

Maria Raquel Guimarães

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; investigadora do CIJE e do *Grupo de Investigación Reconocido sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática* da Universidade de Valladolid, Espanha

Maio de 2014

RESUMO: O presente texto traça algumas notas introdutórias ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio, encarregado de transpor para o direito interno a Directiva 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 2011, que estabelece medidas contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais. Constatadas as assimetrias existentes nos diferentes países da UE em matéria de prazos para pagamento nos contratos comerciais, reflecte-se sobre o papel do legislador e do juiz na conformação do conteúdo destes contratos e na limitação da liberdade contratual das partes. São apontadas as principais linhas do regime aprovado, nomeadamente em matéria de prazos para pagamento e de cláusulas abusivas e são ainda realçadas as interconexões existentes entre a directiva de 2011 sobre a matéria e os princípios do *DCFR*.

PALAVRAS-CHAVE: Transacções comerciais, mora, juros, Directiva 2011/7/UE, *DCFR*, contratos

ABSTRACT: This paper gives some first reflections on the Portuguese Act on Late Payment in commercial transactions (*DL 62/2013, 10.05*). After pointing the abysmal differences between payment periods in north and south European countries, the paper focuses on the role assumed both by the legislator and the judge conforming freedom of contract in commercial transactions. The major measures introduced by the new Act are pointed out — as payment schedules and unfair contractual terms — and a special reference is made to the relation existing between the Draft Common Frame of Reference and the Directive 2011/7/EU.

KEY WORDS: Late payment, interests, Directive 2011/7/EU, *DCFR*, commercial contracts

SUMÁRIO*:

1. Introdução
 2. O atraso no pagamento nas transacções comerciais na UE
 3. Autonomia privada e intervenção estatal no domínio das relações entre comerciantes
 4. Os abusos da liberdade contratual
 5. O contributo do *DCFR*
- Bibliografia

* O presente artigo colige as notas elaboradas com vista à apresentação oral intitulada “*As linhas gerais do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio*” destinada a introduzir o tema das “*Transacções comerciais*” na Acção de formação contínua sobre o Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio, organizada pelo CEJ e realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 21 de Março de 2014.

1. Introdução

O Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio, transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 2011, que estabelece medidas contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais¹.

Na medida em que consagra o regime aplicável aos “pagamentos efectuados como remuneração de transacções comerciais”², o diploma em análise constitui *lei especial* relativamente ao regime do cumprimento e incumprimento estabelecido no Código Civil, que não era afastado, neste particular, pelo direito comercial. Significa isto, desde logo, que o legislador europeu, tal como o legislador nacional, entenderam que as regras existentes no Código Civil sobre a matéria dos pagamentos não respondiam de um modo cabal ou, simplesmente, satisfatório às exigências das transacções comerciais. Mas esta convicção do legislador não constitui uma novidade reportada a 2011, uma vez que a União Europeia já anteriormente tinha legislado sobre a mesma matéria, através da Directiva 2000/35/CE³, que deu origem ao nosso Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro, agora revogado⁴. Ainda assim, esta intervenção dos organismos europeus no sentido de combater os atrasos nos pagamentos comerciais foi, claramente, a mais ambiciosa até ao momento⁵, motivada pelas implicações que os atrasos no pagamento têm na gestão financeira e liquidez das empresas, na sua competitividade e, em última instância, viabilidade, agravadas em épocas de recessão económica como aquela em que vivemos⁶. Note-se, por outro lado, que a intervenção do legislador comunitário de 2011, tal como aquela levada a cabo pelo seu congénere nacional, não se circunscreveu à questão da morosidade dos pagamentos e aos remédios postos à disposição do credor em caso de incumprimento, pretendendo-se ir mais longe e operar uma “mudança cultural” no sentido de fomentar os pagamentos a curto prazo — estabelece-se, supletivamente, o prazo de 30 dias⁷ — e penalizar, necessariamente, as

¹ JO L 48, de 23.02.2011, pp. 1-10.

² Cfr. o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 62/2013.

³ Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29.06.2000, que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais, in JO L 200, de 8.08.2000, p. 35 ss., revogada pelo diploma de 2011. Sobre esta directiva e sobre a sua transposição para os diferentes países da UE, v. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, ANA LUÍSA BALMORI PADESCA e DIEGO M. HURTADO MORENO, “La lucha contra da morosidad en las operaciones comerciales en la Unión Europea”, in *Jurismat*, n.º 1, Portimão, 2012, pp. 139-153. Para uma análise esquemática das medidas introduzidas pela directiva de 2000, v., entre outros, 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”, in *RFDUP*, II, Coimbra, FDUP/Coimbra Editora, 2005, p. 14 ss.

⁴ Cfr. o art. 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17.02. O diploma agora revogado, mantém, porém, a sua aplicação no que respeita aos contratos celebrados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 62/2013. Sobre o diploma de 2003, v. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009, pp. 258-271, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2012, pp. 556-559, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, pp. 76-80, FERNANDO GRAVATO MORAIS, *A tutela do credor perante o atraso no pagamento de transacções comerciais*, Separata de *Scientia Iuridica*, tomo LIV, n.º 320, Abril-Junho, 2005, pp. 271-295, e FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 140-144.

⁵ Classifica-a, nestes termos, CARA BILOTTA, “Ending the commercial siesta: the shortcomings of European Union Directive 2011/7 on combating late payments in commercial transactions”, in *Brooklyn Journal of International Law*, 38:2, 2012-2013, p. 702. Para uma análise comparativa das duas directivas sobre a matéria dos atrasos no pagamento, v. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, ANA LUÍSA BALMORI PADESCA e DIEGO M. HURTADO MORENO, “La lucha contra da morosidad en las operaciones comerciales en la Unión Europea”, cit., pp. 154-155, 160-166.

⁶ V. *considerando* (3), Directiva 2011/7/UE. Em sentido próximo, v. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, cit., pp. 258-259.

⁷ V. art. 3.º, n.º 3, al. b), da Directiva 2011/7/UE e art. 4.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 62/2013.

dilações de pagamento concedidas ao devedor⁸. O recurso a um meio de financiamento “não financeiro” — o denominado “crédito comercial”⁹ — é encarado por esta directiva como uma prática potencialmente abusiva para a parte economicamente mais fraca ou com menor poder negocial, que cabe ao legislador limitar.

Nos termos do *considerando* (12), da Directiva 2011/7/UE:

“É necessária uma mudança decisiva com vista a uma cultura de pagamentos atempados, que inclua o reconhecimento sistemático da exclusão do direito de cobrar juros como cláusula contratual ou prática manifestamente abusiva, de modo a inverter esta tendência e desincentivar esses atrasos. Esta mudança deverá incluir a introdução de disposições específicas em relação a prazos de pagamento e à indemnização dos credores pelos prejuízos sofridos e determinar, como cláusula contratual manifestamente abusiva, a exclusão do direito a indemnização pelos custos suportados com a cobrança da dívida”.

Este conjunto de diplomas — europeu e nacional — apresenta o duplo propósito de actualizar o regime anteriormente vigente, face aos desenvolvimentos económicos que lhe foram supervenientes e tendo em consideração a experiência recolhida durante uma década da sua aplicação, e de indicar, pedagogicamente, qual deverá ser o prazo de cumprimento das obrigações pecuniárias resultantes de contratos comerciais celebrados entre dois empresários ou entre empresários e entidades públicas, combatendo uma cultura de atrasos no pagamento enraizada há já longos anos¹⁰ e esbatendo as assimetrias verificadas nos diversos países da União Europeia.

2. O atraso no pagamento nas transacções comerciais na UE

Os números relativos aos atrasos no cumprimento de obrigações pecuniárias decorrentes de transacções comerciais variam enormemente dentro da União Europeia, verificando-se as diferenças mais significativas entre os denominados “países do norte” e os “países do sul”. Se, na Finlândia, nos contratos entre empresários ou entre estes e o Estado se estipula em média um prazo de pagamento de 20 dias, verificando-se, na realidade, um atraso do pagamento médio efectivo de 6 e 4 dias, respectivamente¹¹, em Itália o prazo contratualmente fixado para o cumprimento ascende a 65 dias nos contratos entre

⁸ De acordo com CARA BILOTTA, “Ending the commercial siesta...”, cit., p. 701, o título da directiva aqui em análise é, de alguma forma, equívoco, não dando a conhecer, verdadeiramente, o seu objecto, que seria não tanto combater a mora no cumprimento das obrigações comerciais mas sim reduzir os prazos previstos contratualmente para o pagamento nas transacções comerciais, criando uma “cultura de pronto pagamento”.

⁹ CARLOS GÓMEZ LIGUERRE, “El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales”, in *InDret*, Barcelona, Outubro 4/2011, p. 4: salienta o Autor que este crédito comercial apresenta, face ao crédito financeiro, a vantagem de ser imediato e, essencialmente, o seu carácter gratuito. Sobre este mecanismo de financiamento que a dilação do pagamento implica v., também, PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, ANA LUÍSA BALMORI PADESCA e DIEGO M. HURTADO MORENO, “La lucha contra da morosidad en las operaciones comerciales en la Unión Europea”, cit., p. 134.

¹⁰ PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, ANA LUÍSA BALMORI PADESCA e DIEGO M. HURTADO MORENO, “La lucha contra da morosidad en las operaciones comerciales en la Unión Europea”, cit., pp. 138-139, assinalam a existência de uma *cultura de la morosidad* na UE desde 1990.

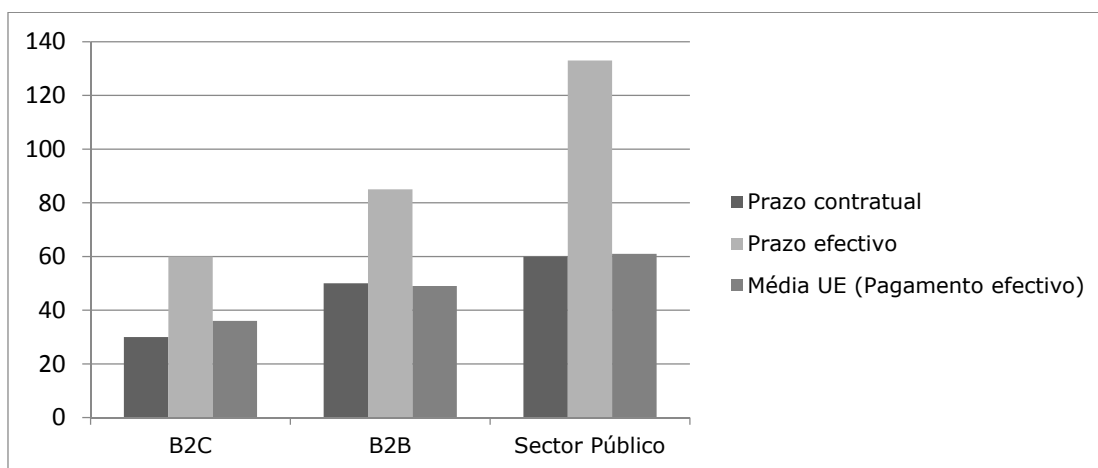
¹¹ *European Payment Index 2013*, Intrum Justitia, Stockholm, 2013, p. 22, in <http://intrum.crmplatform.nl/documents/IJ_EPI_2013_UK_SEC.pdf> (14.03.2014).

empresários e 80 dias nos contratos celebrados entre estes e entidades públicas, elevando-se o atraso no pagamento a 31 e 90 dias, respectivamente, e decorrendo, assim, em números médios, 96 dias e 170 dias entre a celebração do contrato e o pagamento respectivo¹².

A União Europeia confronta-se, deste modo, com realidades muito díspares dentro das suas fronteiras, percebendo-se que as regras que em 2011 se consagraram quanto à matéria do atraso nos pagamentos, apesar de uniformes para todos os países da União, têm destinatários identificados e visam conformar o comportamento de alguns às práticas já seguidas por outros.

Portugal encontra-se no grupo de países em que os atrasos no pagamento são mais prolongados, juntamente com a Grécia, a Espanha, o Chipre e a Itália, sendo tais atrasos sobretudo expressivos nas transacções comerciais realizadas com entidades públicas¹³.

Prazos estabelecidos contratualmente para pagamento e prazos de pagamento efectivo: o caso português e a média europeia



European Payment Index 2013, Intrum Justitia, Stockholm, 2013, pp. 4, 35

3. Autonomia privada e intervenção estatal no domínio das relações entre comerciantes

A intervenção do legislador na matéria dos pagamentos nas transacções comerciais tem por pressuposto um desequilíbrio posicional das partes nestas relações.

O princípio da autonomia privada dos intervenientes e o poder criador de direito, de lei *inter partes*, seu corolário, cede perante uma ingerência de tipo hierárquico, na medida em que

¹² *Idem*, p. 29.

¹³ *Idem*, p. 9.

seja posta em causa a “eficácia económica da liberdade contratual”¹⁴, gerando-se “falhas do mercado”¹⁵. Quando a actividade reguladora de natureza privada contende com os princípios informadores do ordenamento jurídico abre-se o caminho para o surgimento de *interferências* de natureza heterónoma¹⁶, no sentido de reequilibrar a autonomia da vontade com princípios de justiça contratual, quer *a montante*, através dos órgãos legiferantes, estabelecendo regras de natureza imperativa que se impõem aos contraentes¹⁷, quer *a jusante*, mediante a intervenção correctora dos tribunais perante textos contratuais iníquos ou excessivamente desequilibrados¹⁸.

As ingerências do *jus imperii* na composição *inter pares* dos interesses com projecção no campo das relações entre comerciantes não se reduzem, porém, às matérias dos atrasos nos pagamentos. Como bem sabemos, já nos anos oitenta do século passado o legislador nacional se mostrou sensível a possíveis situações de desequilíbrio posicional dos empresários partes num contrato e alargou a protecção conferida ao aderente a cláusulas contratuais gerais para além dos contratos celebrados com consumidores, abrangendo as relações entre empresários e entre profissionais liberais¹⁹, tendo consagrado um regime que está longe de ser a regra na União Europeia e, certamente, não foi o adoptado pela Directiva de 1993 sobre a matéria²⁰.

Se as relações de consumo estão hoje fortemente “intervencionadas” pelo legislador no sentido de assegurar ao consumidor um conjunto de informações que lhe permitam tomar uma decisão mais esclarecida e ponderada no momento de contratar com um profissional²¹, já no domínio das relações entre profissionais ou empresários o legislador não se mostra particularmente preocupado com um qualquer défice de informação, que, de resto, normalmente não existe, mas sim com o desequilíbrio económico que se pode verificar entre

¹⁴ Refere-se à “*eficácia económica da liberdade contratual e da economia de concorrência*”, bem como ao seu “carácter criador e preservador da liberdade” — por contraposição com o que se passa numa “economia colectivista planificada” —, CLAUS-WILHELM CANARIS, “A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»”, in *Contratos: actualidade e evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 57. Em sentido semelhante, vide ARTHUR VON MEHREN, “A general view of contract”, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in general*, Chap. 1, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)/The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 14.

¹⁵ A expressão é de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Direito dos contratos e regulação do mercado”, in *Direito dos contratos, Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 62 ss.

¹⁶ Sobre a necessidade destas “interferências” de carácter normativo, vide FEDERICO DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, in *Anuario de derecho civil*, serie 1ª, numero 2, Outubro, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1982, pp. 1056-1057.

¹⁷ A intervenção da União Europeia no mercado, de uma forma *indirecta*, através da construção de “um ordenamento jurídico dirigido a tornar eficientes as trocas e, portanto, a tornar os contratos eficientes” é caracterizada por MAURO GRONDONA, “Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato”, in *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, Enero-Junio 2012, p. 137, como própria de uma ordem económico-política *ordoliberal*. Para mais desenvolvimentos sobre esta perspectiva *ordoliberal* de que o Autor parte — no sentido de que o Estado intervém no mercado para que este possa funcionar como um mecanismo eficiente de intercâmbio —, v. pp. 138-139.

¹⁸ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, pp. 517-523.

¹⁹ Cfr. os arts. 17.º-19.º, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25.10.

²⁰ A Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5.04.1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, in *JO L 95*, de 21.04.1993, pp. 29-34, regula apenas os contratos de adesão em que o aderente é um consumidor.

²¹ V., a título meramente exemplificativo, o ónus de comunicação das cláusulas contratuais gerais e o dever de informação quanto ao seu conteúdo que recai sobre o predisponente num contrato de adesão (arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25.10), ou os deveres de informação impostos ao credor num contrato de crédito ao consumo ou ao comerciante num contrato à distância ou celebrado electronicamente (cfr. os arts. 5.º a 8.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2.06, o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14.02, e os arts. 10.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7.01, respectivamente).

as partes, mormente quando uma delas é uma PME (pequena ou média empresa)²². Consequentemente, assiste-se à adopção de legislação diversa com o objectivo de reequilibrar a relação de forças existente, muitas vezes sob a forma de reacção imposta pelas iniciativas europeias — como acontece no caso do diploma relativo às transacções comerciais²³ — mas também de iniciativa nacional, como aconteceu no recentíssimo Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de Dezembro, que aprova o regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio. Os propósitos e a justificação da iniciativa do legislador nacional nesta matéria das práticas individuais restritivas do comércio ficam, desde logo, patentes no texto de abertura do último diploma mencionado:

“A transparência nas relações comerciais e o equilíbrio das posições negociais entre agentes económicos são fundamentais para a concretização de desígnios constitucionais como os do direito fundamental à livre iniciativa económica e da garantia da equilibrada concorrência entre as empresas, cabendo ao Estado estabelecer os mecanismos que assegurem o cumprimento e impeçam a distorção destes princípios”.

4. Os abusos da liberdade contratual

A Directiva 2011/7/UE, no seu propósito de estabelecer medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais, veio afirmar a necessidade de proibição de abusos da liberdade contratual em prejuízo do credor comercial²⁴. Assim, entendeu considerar abusivas e cominar com a nulidade as cláusulas contratuais que visam *“proporcionar ao devedor liquidez adicional a expensas do credor”*, em última instância um *“crédito comercial gratuito”*, traduzidas em cláusulas que fixam os prazos de pagamento, as taxas de juros de mora ou a indemnização pelos custos de cobrança da dívida²⁵. Estas soluções foram consagradas no diploma português, prevendo-se um conjunto de cláusulas proibidas no seu art. 8.º, incluindo aquelas que excluam o pagamento de juros de mora. Note-se que, diferentemente do que se consagra no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, a qualificação das cláusulas enunciadas como abusivas é independente do carácter negociado ou pré-determinado unilateralmente do programa contratual²⁶. A este nível, o legislador já não acreditou nos benefícios da negociação, não se bastou com o jogo da composição de interesses anterior à celebração do contrato, penalizando determinados preceitos contratuais

²² Cfr. o *Preâmbulo* que introduz o Decreto-Lei n.º 62/2013.

²³ E como acontecia já com o Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17.02, agora revogado. Neste sentido, v. FERNANDO GRAVATO MORAIS, *A tutela do credor perante o atraso no pagamento de transacções comerciais*, cit., pp. 294-295.

²⁴ V. *considerando* (28), Directiva 2011/7/UE. Esta ideia de “reprimir os abusos da liberdade contratual” está também na origem das soluções alcançadas em matéria de direito dos contratos pelo *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full edition, I, Munich, Sellier, 2009], na perspectiva de MAURO GRONDONA, “Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato”, cit., p. 140.

²⁵ V. *considerando* (28), Directiva 2011/7/UE.

²⁶ V. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, cit., p. 268, ainda que a propósito do art. 5.º do anterior Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17.02.

pelo seu conteúdo objectivo denunciador de uma relação de forças desigual em cada um dos lados da “barricada” contratual²⁷.

Note-se que apesar da intervenção legislativa visar condicionar o conteúdo das cláusulas contratuais nestes contratos, proibindo, nomeadamente, aquelas que prevejam a não cobrança de juros de mora, subsistirá, ainda assim, o problema de os juros não serem efectivamente cobrados pelo credor — que utiliza a sua autonomia privada no sentido negativo de não exercer o direito subjectivo correspondente —, não querendo hostilizar o cliente e correr o risco de o perder para os seus concorrentes²⁸.

Estabeleceu, também, o legislador nacional prazos *máximos* de pagamento de 30 dias nos casos em que o devedor é uma entidade pública²⁹, elevados para 60 dias, sempre que esta entidade pública é uma prestadora de serviços de saúde ou, nos demais casos, desde que o contrato o preveja e tal alargamento seja “*objectivamente justificado pela natureza particular ou pelas características do contrato*”³⁰.

O prazo *supletivo* de pagamento de 30 dias é, por sua vez, estipulado para as transacções comerciais entre empresários³¹. Prevê-se, ainda, que este prazo não exceda 60 dias, “*salvo disposição expressa em contrário no contrato*”, disposição essa que terá que passar pelo controlo de nulidade do art. 8.º³², ou seja, terá que ser justificada por um “*motivo atendível em face das circunstâncias concretas*”³³. Significa isto que este prazo supletivo de 30 dias funcionará como o prazo-regra sempre que a inércia das partes as leve a não fixar data de vencimento distinta³⁴, e o prazo máximo de 60 dias constituirá um limite inultrapassável a menos que existam razões justificativas para a prorrogação deste prazo, tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. O contributo do DCFR

Um aspecto da maior relevância com reflexos no regime jurídico aqui em análise prende-se com a sua interconexão com os princípios gerais da contratação estabelecidos pelo *Projecto de Quadro Comum de Referência (DCFR: Draft Common Frame of Reference)*, nomeadamente no que diz respeito ao conteúdo abusivo das cláusulas contratuais. A

²⁷ M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., p. 77, descreve a intervenção do legislador neste contexto — embora à luz do diploma de 2003 — como uma “justificada *desconsideração* do princípio da autonomia privada”.

²⁸ Chama a atenção para esta questão PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito comercial*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2011, p. 119.

²⁹ V. art. 5.º, n.º 1, al. a), Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.05.

³⁰ V. os n.ºs 2 e 3 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.05.

³¹ V. art. 4.º, n.º 3, do mesmo diploma.

³² V. art. 4.º, n.º 5.

³³ V. art. 8.º, n.º 1, al. b).

³⁴ MAURO GRONDONA, “Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato”, cit., p. 142, refere-se ao fenómeno da “relevância implicitamente imperativa” das normas dispositivas devido à prática de os contratos não incluírem cláusulas em sentido distinto que as afastem, prática justificada pelos custos de negociação inerentes ao acordo sobre essas cláusulas. O Autor vai mesmo mais longe, afirmando que nesta matéria dos prazos de pagamento se verifica um fenómeno pelo qual as “normas estruturalmente dispositivas se convertem (por via legislativa) em normas funcionalmente imperativas”.

Directiva de 2011 refere-se expressamente a este documento, invocando os seus princípios fundamentais:

"(...) de acordo com o estudo sobre o «Projecto de Quadro Comum de Referência», qualquer cláusula contratual ou prática que se desvie manifestamente da boa prática comercial e seja contrária à boa-fé e à lealdade negocial, deverá ser considerada injusta para o credor"³⁵.

Concretamente, prevê o *DCFR* em matéria de juros, para os contratos comerciais, que:

III. – 3:710: Interest in commercial contracts

(1) *If a business delays the payment of a price due under a contract for the supply of goods, other assets or services without being excused under III. – 3:104 (Excuse due to an impediment), interest is due at the rate specified in paragraph (4), unless a higher interest rate is applicable.*

(2) *Interest at the rate specified in paragraph (4) starts to run on the day which follows the date or the end of the period for payment provided in the contract. If there is no such date or period, interest at that rate starts to run:*

(a) *30 days after the date when the debtor receives the invoice or an equivalent request for payment; or*

(b) *30 days after the date of receipt of the goods or services, if the date under (a) is earlier or uncertain, or if it is uncertain whether the debtor has received an invoice or equivalent request for payment.*

(3) *If conformity of goods or services to the contract is to be ascertained by way of acceptance or verification, the 30 day period under paragraph (2)(b) starts to run on the date of acceptance or verification.*

(4) *The interest rate for delayed payment is the interest rate applied by the European Central Bank to its most recent main refinancing operation carried out before the first calendar day of the half-year in question ("the reference rate"), plus seven percentage points. For the currency of a Member State which is not participating in the third stage of economic and monetary union, the reference rate is the equivalent rate set by its national central bank.*

(5) *The creditor may in addition recover damages for any further loss.*

III. – 3:711: Unfair terms relating to interest

(1) *A term whereby a business pays interest from a date later than that specified in the preceding Article paragraph (2) (a) and (b) and paragraph (3), or at a rate lower than that specified in paragraph (4), is not binding to the extent that this would be unfair.*

(2) *A term whereby a debtor is allowed to pay the price for goods, other assets or services later than the time when interest starts to run under the preceding Article paragraph (2)(a) and (b) and paragraph (3) does not deprive the creditor of interest to the extent that this would be unfair.*

(3) *Something is unfair for the purposes of this Article if it grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing".*

Nos termos deste texto, a cláusula de juros surge como um elemento *natural* dos contratos comerciais³⁶, prevendo-se, supletivamente, o momento a partir do qual os juros deverão ser contados, tendo por base o disposto na Directiva 2000/35/CE³⁷, e prevendo-se também, à

³⁵ V. *considerando* (28), Directiva 2011/7/UE.

³⁶ Socorremo-nos aqui da classificação clássica dos elementos do negócio jurídico, que é comum na nossa doutrina, e que distingue entre *essentialia negotii*, *naturalia negotii* e *accidentalia negotii* (por todos, v. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica, Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, II, 7a reimp., Coimbra, Livraria Almedina, 1992, pp. 33-36). No mesmo sentido, v. MARÍA MEDINA ALCOZ, "Anatocismo, derecho español y Draft Common Frame of Reference", in *InDret*, Barcelona, Outubro 4/2011, p. 49.

³⁷ MARÍA MEDINA ALCOZ, "Anatocismo, derecho español y Draft Common Frame of Reference", cit., pp. 47-48. Cfr. o art. 3º. da Directiva 2000/35/CE.

semelhança do disposto na mesma directiva, o direito à indemnização do dano excedente³⁸. O art. III. – 3:711 do *DCFR* consagra a inadmissibilidade de toda a cláusula contratual relativa a juros que seja *injusta*, considerando injusta qualquer cláusula contratual que se desvie manifestamente da boa prática comercial, seja contrária à boa-fé e à lealdade negocial.

As interacções entre o Parlamento Europeu e o Conselho e o *Study Group on a European Civil Code* e o *Acquis Group (Research Group on EC Private Law)*, estes últimos responsáveis pelo projecto de um quadro comum de referência do direito privado europeu³⁹, ficam patentes nos textos da Directiva de 2011 e do *DCFR*, abrindo caminho para uma recepção das regras consagradas neste último texto nos diferentes Estados da União Europeia⁴⁰.

Para além da novidade da invocação expressa de “soft law” como meio de integrar o conteúdo do contrato, saliente-se a adopção pela Directiva n.º 2011/7/UE do conceito (indeterminado) de *boa prática comercial*, na linha do disposto no art. II. – 9:405 do *DCFR*⁴¹ e hoje consagrado no nosso art. 8.º, n.º 2, al. a). Os “desvios manifestos da boa prática comercial” devem ser ponderados com o objectivo de determinar se uma cláusula do contrato é ou não *injusta* e, conseqüentemente, abusiva. Significa isto que a integração do conteúdo dos conceitos indeterminados utilizados deverá ser confiada ao poder hermenêutico do juiz⁴². O recurso a cláusulas gerais enquanto vértices fundamentais de determinados regimes, como acontece com o art. 8.º aqui em análise, coloca o juiz no centro da determinação do conteúdo dos contratos⁴³, fazendo aumentar a importância do “direito judiciário”⁴⁴ neste contexto dos contratos comerciais.

A actuação do juiz neste campo particular das transacções comerciais parece ser, contudo, conformada pelos princípios fundamentais do ordenamento jurídico europeu, para os quais remete o art. 8.º do nosso decreto-lei sobre a matéria quando faz apelo às boas práticas comerciais, sendo claro que este ordenamento jurídico europeu se encontra funcionalizado

³⁸ O direito à indemnização do dano excedente era consagrado expressamente no art. 3.º, n.º 1, al. e) da Directiva 2000/35/CE, tendo sido acolhido pelo n.º 3 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17.02. A directiva de 2011 deixou cair a disposição em questão, tendo ela sido omitida também pelo diploma de 2013 aqui em análise, levantando-se dúvidas quanto à admissibilidade de uma pretensão indemnizatória, de natureza contratual, que acresça aos juros estipulados.

³⁹ CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 25 ss.

⁴⁰ Em sentido distinto, considerando que o legislador europeu ficou aquém do que podia e devia ter feito nesta matéria dos atrasos no pagamento nos contratos contratuais, tendo em conta as regras mais rígidas sobre a matéria consagradas na *CISG* — Convenção de Viena sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, de 1980 — e no *DCFR*, v. CARA BILOTTA, “Ending the commercial siesta...”, cit., pp. 725-726.

⁴¹ Nos termos do art. II. – 9:405 do *DCFR* “a term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing”.

⁴² MAURO GRONDONA, “Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato”, cit., p. 145.

⁴³ *Idem, ibidem*.

⁴⁴ Chama a atenção para o papel do juiz na concretização dos conceitos indeterminados que estão na base das cláusulas abusivas previstas no diploma que anteriormente regia esta matéria, o Decreto-Lei n.º 32/2003, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., p. 76. Em geral, sobre a importância do “direito judiciário” nos sistemas normativos assentes em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, v. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, pp. 119-120.

por via legislativa e por via de textos como o *DCFR* a uma certa ideia de mercado (europeu) e de protecção do mercado⁴⁵.

Bibliografia

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Teoria geral da relação jurídica, Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, II, 7a reimp., Coimbra, Livraria Almedina, 1992

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Livraria Almedina, 2009

BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR/BALMORI PADESCA, ANA LUÍSA/HURTADO MORENO, DIEGO M., "La lucha contra da morosidad en las operaciones comerciales en la Unión Europea", in *Jurismat*, n.º 1, Portimão, 2012, pp. 133-174

BILOTTA, CARA, "Ending the commercial siesta: the shortcomings of European Union Directive 2011/7 on combating late payments in commercial transactions", in *Brooklyn Journal of International Law*, 38:2, 2012-2013, pp. 699-727

CANARIS, CLAUS-WILHELM, "A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»", in *Contratos: actualidade e evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 49-66

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de direito comercial*, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2012

CASTRO, FEDERICO DE, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", in *Anuario de derecho civil*, serie 1ª, numero 2, Outubro, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1982, pp. 987-1085

European Payment Index 2013, Intrum Justitia, Stockholm, 2013, pp. 4, 35, in <http://intrum.crmplatform.nl/documents/IJ_EPI_2013_UK_SEC.pdf> (14.03.2014)

GOMES, M. JANUÁRIO DA COSTA, *Contratos comerciais*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012

GÓMEZ LIGUERRE, CARLOS, "El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales", in *Indret*, Barcelona, Octubre 4/2011, <<http://www.indret.com>> (14.03.2014)

GRONDONA, MAURO, "Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato", in *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, Enero-Junio 2012, pp. 135-147, disponível também em <<http://ssrn.com/abstract=2099662>> (14.03.2014)

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011

⁴⁵ Chama a atenção para esta *funcionalização* de que o ordenamento jurídico europeu é objecto, por via legislativa, MAURO GRONDONA, "Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato", cit., pp. 141, 146. O Autor aponta, por outro lado, a contradição que parece existir entre esta forte funcionalização do direito europeu dos contratos e os poderes conferidos à jurisprudência de conformação do conteúdo contratual (pp. 146-147).

MACHADO, J. BAPTISTA, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985

MEDINA ALCOZ, MARÍA, "Anatocismo, derecho español y Draft Common Frame of Reference", in *InDret*, Barcelona, Octubre 4/2011, <<http://www.indret.com>> (14.03.2014)

MORAIS, FERNANDO GRAVATO, "A tutela do credor perante o atraso no pagamento de transacções comerciais", in *Studia Iuridica*, tomo LIV, n.º 302, Abril-Junho, 2005, pp. 271-295

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *Direito dos contratos, Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

ROCHA, ANA CATARINA, "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", in *RFDUP*, II, Coimbra, FDUP/Coimbra Editora, 2005, pp. 9-78

SANTOS, FILIPE CASSIANO DOS, *Direito comercial português*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

VASCONCELOS, PEDRO PAIS, *Direito comercial*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2011

VON BAR, CHRISTIAN/CLIVE, ERIC (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full edition, I, Munich, Sellier, 2009, disponível também (Outline Edition), em <http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf> (30.04.2014)

VON MEHREN, ARTHUR, "A general view of contract", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in general*, Chap. 1, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)/The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, pp. 1-109