



**A OBRIGAÇÃO DE CONSERVAÇÃO DOS BENS PELO COMPRADOR RELACIONADA
COM O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO NA COMPRA E VENDA DE COISA DEFEITUOSA**

Mestrado em Direito Privado

Daniel Varão Pinto

Com a orientação do Professor Doutor José Carlos Brandão Proença

Dedicado à pessoa que mais me apoiou neste esforço que foram a licenciatura e o mestrado em Direito: a minha mãe.

Agradeço também ao Professor Doutor José Carlos Brandão Proença pela sua excelente orientação e disponibilidade.

ÍNDICE

Lista de abreviaturas.....	p. 4
I. Introdução: o cumprimento defeituoso enquanto gerador de uma relação de cumprimento exacto.....	p. 6
II. A devolução dos bens defeituosos ao vendedor e fundamentação da obrigação de conservação.....	p. 11
2.1 – Primeiro momento: período temporal entre a descoberta do defeito e o pedido de substituição.....	p. 11
2.2 – Segundo momento: período temporal subsequente ao pedido de substituição.....	p. 15
III. A obrigação de custódia dos bens defeituosos pelo comprador: regime e limites.....	p. 21
3.1 – Extensão do dever de custódia e diligência exigível.....	p. 21
3.2 – Despesas com a conservação.....	p. 24
3.3 – Bens perecíveis.....	p. 26
3.4 – Risco pelo perecimento fortuito da coisa.....	p. 27
IV. Conclusão.....	p. 31
Bibliografia.....	p. 33

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

BFDUC – *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

BMJ – *Boletim do Ministério da Justiça*

CDP – *Cadernos de Direito Privado*

CJ – *Colectânea de Jurisprudência*

CV – *Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional de mercadorias*

DL – Decreto-Lei

ED – *Enciclopedia del Diritto*

EDP – *Europa e Diritto Privato*

OD – *O Direito*

RDC – *Rivista di Diritto Civile*

RDE – *Revista de Direito e Economia*

RDP – *Revista de Derecho Patrimonial*

ROA – *Revista da Ordem dos Advogados*

RP – *Tribunal da Relação do Porto*

RLJ – *Revista de Legislação e Jurisprudência*

RTDC – *Revue Trimestrielle de Droit Civil*

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

Todas as disposições legais referidas sem menção de origem pertencem ao Código Civil Português de 1966.

I

Introdução: o cumprimento defeituoso enquanto gerador de uma relação de cumprimento exacto

O cumprimento defeituoso de uma obrigação, previsto em primeira linha entre nós no art. 799º, equiparado ao conceito de “falta de cumprimento”, representa um *tertium genus* entre o incumprimento definitivo e a mora do devedor, tendo a figura nascido na Alemanha pela pena de STAUB: para este autor, faltava precisamente no BGB uma norma, fora daqueles dois casos, que regulasse certas violações do contrato através de uma actuação positiva do devedor sobre o conteúdo do mesmo. Trata-se de uma categoria ampla na matéria do direito dos contratos, que engloba também o incumprimento ou a impossibilitação de prestações secundárias e a violação de deveres laterais derivados da boa fé.¹ Apesar de não se tratar de uma expressão completamente feliz,² e apesar das duras e diversas críticas que a doutrina alemã lhe foi destinando ao longo do tempo, a proposta de STAUB “inaugurou um campo de discussão próprio que não mais se perdeu”, não restando dúvidas quanto à existência ou importância, mesmo entre os mais fortes detractores daquela doutrina, da nova categoria do “cumprimento defeituoso”.³

No nosso direito, não se coloca em questão a existência ou não da categoria do cumprimento defeituoso, visto que o próprio Código Civil se lhe refere nos termos que acima ditámos e ainda em múltiplas disposições especiais relativas a determinados tipos contratuais – por exemplo, no âmbito do paradigmático contrato de compra e venda, os arts. 905º e ss. regulamentam as situações de vícios de *direito* na coisa vendida, e os arts. 914º e ss. os casos de vícios *materiais ou físicos* na própria coisa vendida.⁴ Apesar da confusão de regimes em que esta particular secção do contrato de compra e venda se lança, ao postular por um lado a anulação do contrato por erro ou dolo (arts. 913º e 905º), e por outro soluções como a reparação ou substituição da coisa (art. 914º) ou a redução do preço (a chamada *actio quanti minoris* – art. 911º), correspondentes de certo modo à acção de cumprimento e à redução da contraprestação em sede de violação de deveres obrigacionais,⁵ a

1 MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil* (reimp), Almedina, Coimbra, 1997, pp. 594 e ss.

2 Para esta crítica, cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 127, n. 1.

3 CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, separata do suplemento ao *BFUC*, vol XXXVIII, Coimbra, 1994, pp. 30-31.

4 Para uma distinção geral entre dois regimes, que coincidem em diversos pontos dada a remissão do art. 913º, CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, 2ª ed, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 28 e ss. Tratam-se de normas que derivam do sistema do cumprimento defeituoso e não dos regimes do erro ou do dolo, conforme pensava a doutrina no Código de Seabra: são postulados especiais que o legislador pensou para diversas situações de contratos em que é transmitido o direito sobre uma coisa, ou produzida uma coisa, ou concedido o gozo de uma coisa – CARNEIRO DA FRADA, “Perturbações típicas do contrato da compra e venda”, in *Direito das Obrigações*, III – *Contratos em Especial*, coord. MENEZES CORDEIRO, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 1991, p. 77

5 ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 37.

doutrina já parece, actualmente, ter dado por assente que se está com efeito perante uma manifestação das regras do cumprimento defeituoso e não de uma qualquer especialização dos regimes do erro e do dolo. Perante a lei actual, dificilmente poderiam soluções como a reparação ou substituição da coisa e a redução do preço estar dependentes dos pressupostos da relevância do erro,⁶ supondo antes uma base negocial – fundam-se no que resulta do próprio conteúdo do contrato. As normas que fixam os efeitos do erro possuem assim relevância *legal*, assente em normas materiais, ao passo que as normas que regulam os efeitos da venda de bens defeituosos serão sobretudo normas de reconhecimento, produtoras de relevância *negocial*.⁷

Não nos deteremos demasiado sobre o tema da natureza jurídica da venda de coisa defeituosa, visto que releva apenas lateralmente para o nosso tema. O que de momento nos interessa transmitir é que o cumprimento defeituoso deriva também do princípio da pontualidade, ou *pacta sunt servanda*, correspondente à protecção pela ordem jurídica dada aos contraentes de um determinado negócio das expectativas criadas pela outra parte desde o período da negociação até à conclusão e execução do contrato.⁸ De facto, a violação deste princípio da pontualidade, quando manifestado precisamente nessa desconformidade entre o “ser” e o “dever ser”, dá origem a um cumprimento inexacto, defeituoso, desde se trate de um defeito relevante, desconhecido pelo credor e causador de “danos típicos”.⁹

No caso da compra e venda em particular, como derivação daquele princípio e da boa fé, visa-se proteger o comprador de modo a que ele, entre outros aspectos, receba a coisa comprada nos exactos termos do contratado. O Código Civil, sem possuir um regulamento unitário dos efeitos do cumprimento defeituoso, como parece ser habitual nas várias legislações de cariz continental,¹⁰ dispensa assim à compra e venda um tratamento especial, dada a sua reputação como um meio

6 ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, p. 291.

7 BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *BMJ*, 215, 1972, pp. 6-12. No sentido também de ver no actual Código Civil uma independência das outras soluções propostas (para além da anulação do contrato) quando surge um defeito na venda, face ao regime do erro, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986, p. 215.

8 ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 226-227.

9 ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, pp. 143 e ss. O princípio da pontualidade resulta do art. 763º: note-se que este abrange mais situações do que apenas o cumprimento defeituoso; de per si, esta norma sanciona o cumprimento inexacto de uma perspectiva *quantitativa* (com maior afinidade com o regime do incumprimento parcial), ao passo que o cumprimento defeituoso aborda a inexactidão de uma perspectiva *qualitativa* – ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 1059, n. 1.

10 ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, pp. 152-155. Como excepção, surge-nos a Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional de mercadorias, que em vez de estabelecer remédios próprios para cada tipo de incumprimento, como é o caminho seguido na maioria das legislações da família continental europeia, preferiu postular um corpo de sanções globais para todos eles, sem que cada um dos meios previstos corresponda a um tipo específico de incumprimento dos deveres contratuais da parte faltosa – cf. MARIA ÂNGELA SOARES/RUI MOURA RAMOS, “Os meios à disposição do comprador, no caso de violação do contrato pelo vendedor, na convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias”, *RDE*, VIII, 1, 1982, p. 85.

privilegiado de aceder a bens necessários e a aproveitar as suas qualidades.¹¹ No que toca à venda de bens defeituosos, para além das soluções postuladas para a venda de bens onerados (cf. art. 913º), o legislador criou uma solução própria: a reparação ou substituição do bem (art. 914º).¹²

Esta obrigação de substituir é uma forma de forçar o devedor ao cumprimento correcto da prestação devida, de maneira a satisfazer plenamente o seu interesse primário, adquirindo, de certo modo, uma “prioridade natural” sobre outras soluções.¹³ Assim, do mesmo modo que mecanismos como a execução específica do contrato visam reforçar as regras do cumprimento pontual e integral,¹⁴ a obrigação de substituição implica uma “segunda oportunidade” dada ao devedor para cumprir, se tal for do interesse do credor. De facto, “obter a reparação ou substituição da coisa é realizar especificamente o próprio direito do comprador à prestação originária, isenta de vícios, que lhe é devida. É, portanto, o meio de remover uma antijuridicidade, de suprimir o próprio ilícito”.¹⁵

Este direito ao exacto cumprimento é inerente por natureza ao próprio crédito; o que significa que é de afastar qualquer doutrina que possa entender que, no caso de aceitação pelo credor de uma prestação defeituosa com desconhecimento do vício, este adquire *primeiro* um direito a anular o contrato com fundamento no erro e *depois* o direito à acção de cumprimento

11 CARNEIRO DA FRADA, “Erro e incumprimento na não-conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *OD*, 121, III, 1989, p. 461.

12 Trata-se de uma solução própria da venda de coisa defeituosa, porque a substituição de um bem onerado (um prédio hipotecado, por exemplo) pode revelar-se impossível – ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, p. 392. Também não parece ser possível a substituição, no caso de coisas genéricas, quando todo o *genus* apresenta um defeito de concepção – por exemplo, um caso em que determinada máquina foi vendida com defeito que derivou de um erro de projecto, sendo que nenhuma das máquinas disponíveis pelo vendedor poderiam ser utilizadas para a substituição – cf. MOTA PINTO/CALVÃO DA SILVA, “Garantia de bom funcionamento e vícios do produto”, *CJ*, X, 3, 1985, p. 27. Quanto à questão, já muito debatida, sobre a substituição na venda de coisa específica, v. o desenvolvido texto de CHIARA ABATANGELO (“Sostituzione di bene viziato e contrattazione di cosa specifica: i termini della questione nel diritto tedesco e nel pensiero giuridico italiano”, *RDC*, L, 5, 2004, pp. 635 e ss.), relativamente à doutrina italiana e alemã quanto a este ponto; em Portugal, ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, pp. 224 e ss. Ambos os Autores acabam por defender um regime unitário, indiferenciado quanto ao carácter genérico ou específico da coisa defeituosa, afirmando que só se justifica a não aplicação da substituição quando a coisa defeituosa seja *fungível*, tal como resulta directamente do art. 914º.

13 CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 2ª ed., Coimbra, 1995, pp. 141 e ss. Note-se que a prioridade do exacto cumprimento sobre os restantes meios de tutela é utilizada como argumento por alguma doutrina italiana para justificar a obrigação de substituição que não foi expressamente prevista pelo *Codice Civile* (embora o seja na legislação relativa ao consumo, por imposição comunitária), pelo menos no tocante à venda de coisa genérica – CHIARA ABATANGELO, *ob. cit.*, pp. 635-636.

14 A comparação entre a obrigação de reparação/substituição do contrato com a execução específica é premente, quando vemos, a título de exemplo, no art. 9:102 dos PECL (*Principles of European Contract Law*), o “remediar” de uma prestação não pecuniária defeituosa inserida no âmbito da *specific performance* – v., para uma análise dos vários sistemas da *common law* e da *civil law* quanto à execução específica e a prestações defeituosas, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, ed. por OLE LANDO e HUGH BEALE, Kluwer Law International, Haia, 2000, pp. 394 e ss.

15 CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, p. 57. Reforçando a importância e maior correcção do cumprimento exacto sobre, por exemplo, a indemnização pecuniária, v. SALVATORE MAZZAMUTO, “L’inattuazione dell’obbligazione e l’adempimento in natura”, *EDP*, 2001, III, pp. 518 e ss. – embora a doutrina italiana maioritária, curiosamente, negasse o recurso à acção de exacto cumprimento previamente à entrada em vigor da Directiva 1999/44, que veio vincular os Estados-Membros à criação desta obrigação para a venda de bens ao consumidor, reconduzindo a substituição ao ressarcimento do dano em forma específica; v. ANGELO LUMINOSO, “Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita”, *RDC*, XLVII, 6, 2001, pp. 838 e ss.

exacto.¹⁶ É certo que a exigência de cumprimento é uma faculdade inserida no âmbito do direito subjectivo que é o crédito;¹⁷ mas as simples faculdades integradas em direitos subjectivos mais amplos podem possuir ainda carácter *potestativo*, no sentido de alterar a ordem jurídica através de uma manifestação de vontade.¹⁸ Ou seja, o pedido de substituição, enquanto enquadrado numa relação de cumprimento exacto, cria na esfera jurídica do vendedor a obrigação de proceder àquela operação, sem que ele se possa, em princípio, opor.

Dada esta exigibilidade absoluta, podem colocar-se problemas face ao destino dos bens defeituosos a ser substituídos. De facto, o pedido de substituição obriga o vendedor a entregar desta feita bens com as qualidades asseguradas ou exigíveis; a questão é que, tendo em atenção o conceito de defeito a que recorre o art. 913º, um bem defeituoso não é propriamente um bem inútil ou perdido definitivamente – o vendedor poderá ter todo o interesse em recuperá-lo, pois que se o bem não é adequado para a utilização por aquele específico comprador, poderá sê-lo para outro.¹⁹ O problema é que o bem pode ter sido perdido ou ter-se deteriorado por algum motivo, imputável ou não ao comprador. Assim, coloca-se uma série de questões a que nem o Código Civil, nem o diploma nacional relativo à venda de bens de consumo, respondem directamente.

Na Alemanha, estes problemas agrupam-se sobre a categoria da *Nacherfüllung* (§ 439 BGB) que se pode traduzir por “cumprimento sucessivo”. O código alemão dá a possibilidade ao vendedor, obrigado à *Nacherfüllung*, de exigir a devolução do bem defeituoso, nos mesmos termos que a lei prevê para a resolução do contrato (cf. §§ 439, nº 4, e 346 e ss.).²⁰ Não existe no

16 Doutrina como, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2º vol. (reimp.), AAFDL, Lisboa, 1994, p. 442. O acto de recepção ou aceitação da prestação não é uma declaração negocial, mas tão só um acto material que visa dar continuidade ao contrato, ou seja, um acto “executivo” do mesmo, inserido nos deveres de colaboração do credor e sem pretender produzir efeitos jurídicos (até porque, acrescentamos nós, o credor não pode, sem mais, recusar a prestação que lhe é apresentada) – CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pp. 90 e ss. No sentido que defendemos, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, pp. 34-35, n. 56.

17 MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 179, n. 177.

18 Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral* – Tomo I, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 335 e ss., e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Parte Geral*, III – *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 71 e ss.

19 Para a distinção entre os conceitos objectivo e subjectivo de defeito, vide ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, pp. 181 e ss. O autor defende que os dois conceitos não se devem interpretar separadamente, visto formarem “um todo incindível” – *idem*, p. 185.

20 No âmbito da venda de bens de consumo, o Ac. do Tribunal de Justiça *QUELLE AG* (proc. C-404/06, de 17-04-2008), in <http://eur-lex.europa.eu>, entendeu que a solução do BGB de reenviar em bloco o regime da restituição para as normas relativas à resolução do contrato não era conforme à Directiva 1999/44/CE, uma vez que tal solução implica que o comprador indemnize o vendedor das utilidades que usufruiu do bem inicialmente recebido (§ 346, nºs 1 e 2). No entender do Tribunal, a obrigação de o vendedor repôr a conformidade do bem defeituoso não pode implicar despesas para o consumidor de tal ordem que este seja desencorajado de recorrer a essa mesma substituição (ponto 34 do Acórdão). Deste modo, a lei alemã foi alterada, de modo a que, no caso de venda feita ao consumidor, não fosse exigível aquela indemnização pelos proveitos da coisa – § 474/2. Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, cf. ALBERTO DE FRANCESCHI, “La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita”, *RDC*, L, 2, 2009, pp. 559 e ss. Cf. no nosso direito, o que dispõe o art. 193º/2 do Anteprojecto do Código do Consumidor, que, apesar de não ter sido aprovado, propunha uma solução tendente a afastar qualquer pretensão do vendedor a uma indemnização pelo uso da coisa.

ordenamento português uma solução semelhante, nem desenvolveu a doutrina ou a jurisprudência um ensinamento tão rico sobre aquela categoria legal germânica, o que nos vai lançar na busca pela resposta às seguintes questões:

a) pode o vendedor exigir a devolução dos bens defeituosos, antes e após o pedido de substituição?

b) em caso de resposta afirmativa, o que acontece se os bens se tiverem deteriorado ou perecido por causa imputável ao comprador? Ou seja, existe alguma obrigação de conservação sobre os bens defeituosos que impenda na esfera do comprador?

c) respondendo-se afirmativamente a esta última questão, se a conservação dos bens implicar despesas para o comprador, quem terá de as suportar? Tratando-se de bens susceptíveis de rápida deterioração, terá o comprador um direito e/ou um dever de os revender a terceiro? Quais são os limites daquela obrigação de conservar? Por quem corre o risco de perecimento fortuito da coisa?

É sobre estes assuntos que se vai debruçar o nosso estudo, partindo da análise do regime do Código Civil, mas também do DL 67/2003, relativo à compra e venda de bens de consumo (visto que a posição da contraparte – comprador/consumidor – é diferente relativamente à do simples comprador inserido no âmbito do Código), tendo em conta as influências de diplomas não internos como a Directiva 1999/44/CE (relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e transposta por aquele DL 67/2003) e a já mencionada Convenção de Viena de 1980.

II

A devolução dos bens defeituosos ao vendedor e fundamentação da obrigação de conservação

2.1 – Primeiro momento: período temporal entre a descoberta do defeito e o pedido de substituição

Quando o comprador se apercebe do defeito na coisa, fazendo começar a correr os prazos previstos nos art. 916º do Código Civil e 5º do DL 67/2003, existem, como já se sabe, várias opções à sua escolha, potenciando-se uma “concorrência electiva de pretensões”.²¹ Esta concorrência não é absoluta; é limitada por factores externos como a boa fé, ou por certas normas que limitam o recurso aos vários “remédios”.²² Ou seja; se bem que, ao contrário do que fez a Directiva 1999/44/CE, (art. 3º/3), não exista uma obrigação expressa de o comprador recorrer primeiro à reparação/substituição e só depois à redução do preço/resolução (ou anulação) do contrato,²³ existe uma “sequência lógica” que se reproduz naquela hierarquia.²⁴ Assim sendo, “o credor não poderá avançar para tutelas mais radicais sem antes dar ao devedor a possibilidade de cumprir correctamente o seu dever”;²⁵ embora o credor que não possa fornecer esta possibilidade ao devedor

21 CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, pp. 78 e ss. No âmbito da venda de bens de consumo, a solução, como se sabe, passa pela resolução do contrato em vez da anulação; mantém-se as restantes soluções (art. 4º/1 DL 67/2003). Mesmo na venda civil, o defeito pode ser de tal modo grave que se frustre o interesse do comprador, tornando inexigível da parte deste a aceitação da prestação e legitimando a resolução do contrato – ANTUNES VARELA, *Obrigações*, II, p. 128 e MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual* (reimp), Almedina, Coimbra, 2003, pp. 405 e 406, n. 1. No Ac. STJ de 04-11-2004 (proc. 04B806), in *www.dgsi.pt*, afirma-se inclusive que, face a uma maior coerência perante o regime mais actualizado da venda de bens de consumo, a opção entre o regime geral da resolução do contrato e o dos arts. 913º e ss. cabe ao credor. Aceitando-se que existe esta opção, porém, é necessário evitar esvaziar de conteúdo o regime especial de cumprimento defeituoso que o legislador criou para a compra e venda, o que a doutrina e a jurisprudência têm conseguido afirmando a prevalência dos prazos de caducidade do art. 917º para a acção de anulação em qualquer caso de cumprimento defeituoso em que se esteja perante a desconformidade do art. 913º, com danos a resultar dessa mesma desconformidade, visto que surge aqui uma identidade de causas de pedir. Neste sentido, CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, p. 73, e ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, p. 413. V. também o Ac. STJ de 06-11-2007 (proc. 07A3440), in *www.dgsi.pt*, e a extensa jurisprudência aí referida.

22 Por exemplo, o art. 911º, quando limita as opções do comprador face a determinadas circunstâncias, o art. 432º/2 que limita o direito à resolução, e normas como o art. 566º/1 *in fine* e o art. 829º/2, que parecem excluir o direito à substituição/reparação em caso de excessiva onerosidade para o vendedor, entre outras – cf. CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, pp. 81-83. Na venda de bens de consumo, o art. 4º/5 do DL 67/2003 refere expressamente a boa fé como limite ao exercício dos diversos direitos pelo consumidor, ao remeter para o regime geral do abuso de direito; a solução é, porém, algo criticável, visto que o esquema do art. 334º não parece ser suficiente para abranger as várias situações de “desproporcionalidade” que resultam do art. 3º/3 da Directiva 1999/44/CE – MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III – *Contratos em Especial*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 157.

23 O art. 4º/5 do DL 67/2003 afirma que “o consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores”, parecendo que o legislador preferiu dar ao consumidor esse direito de escolha, balizado pela boa fé, em detrimento da hierarquia prevista no diploma europeu. O regime acaba por ser mais favorável ao consumidor, pelo que não se colocam problemas de violação do princípio da transposição conforme – CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 87. O regime da hierarquização dos direitos concedidos ao consumidor tem sido, aliás, fonte de bastantes críticas no seio da doutrina italiana, precisamente por se considerar demasiado desvantajosa para o consumidor – cf. CHIARA ABATANGELO, *ob. cit.*, p. 649 (principalmente a nota 37).

24 ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações, Parte Especial – Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 130.

25 BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra,

não fique impedido de recorrer aos outros direitos que a lei lhe concede.²⁶

Entendemos nós, porém, que, para além dos limites preclusivos já previstos na lei para a obrigação de “cumprimento exacto”,²⁷ a devolução do bem defeituoso ao vendedor representa um pressuposto lógico para o pedido de substituição. Repetimos: dado o conceito amplo de “defeito” dado pelo art. 913º (e o ainda mais amplo conceito de “desconformidade” utilizado no seio da venda de bens de consumo), o vendedor pode ter todo o interesse em recuperar os bens defeituosos, para os revender com outro fim ou por um preço inferior.²⁸ Nenhum prejuízo decorre para o comprador; ele pode ainda ter interesse naquela prestação, na medida em que a correcta execução do negócio, mesmo que posterior, ainda tenha possibilidades de satisfazer esse mesmo interesse. O aproveitamento das qualidades do bem que o comprador visava com aquele negócio é que foi impossibilitado ou dificultado pelos defeitos que ele apresenta;²⁹ assim sendo, ele não tem qualquer interesse naquele bem concretamente considerado a partir do momento em que se apercebe de defeito. Parece-nos que, a partir dessa altura, se o credor está disposto a recorrer ao remédio da substituição, tem de estar pronto também para devolver o bem defeituoso, sob pena de contrariar a conduta esperada de um contraente de boa fé nos termos do art. 762º/2, visto que se encontra na detenção de um bem que não pretende reter a título definitivo.³⁰ Em boa verdade, estar-se-ia a permitir um enriquecimento injustificado do comprador se lhe fosse permitido manter o bem sem qualquer motivo e ainda assim pedir a substituição.

O que concluímos, assim, é que sobre o comprador impende um *onus* de manter os bens para os poder devolver quando pedir a substituição. Isto é, se o comprador deseja recorrer ao remédio da substituição, deve estar preparado para apresentar o bem defeituoso ao vendedor – tal não lhe é imposto se não desejar recorrer àquela solução (e se o seu direito de escolha não estiver limitado nos termos acima expostos), pelo que o interesse na manutenção dos bens é seu, e não da contraparte ou de terceiros, como no dever jurídico em sentido estrito.³¹ O não acatamento do *onus* terá assim como resultado barrar ao comprador o acesso à substituição.³²

2011, p. 359. No direito alemão, a aplicação combinada dos §§ 439/1, 323, 280 e 281 do BGB parece indicar que a opção pela resolução do contrato ou pelo pedido de indemnização só será possível se o vendedor tiver, após o pedido de substituição ou reparação, falhado em cumprir essa obrigação, ou se se perder claramente o interesse do comprador na nova prestação, ou então se for iminente o não cumprimento pelo vendedor – ALBERTO DE FRANCESCHI, ob. cit., p. 566.

26 CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, p. 57.

27 Não só, como já referimos, normas como o art. 566º/1 e o 829º/2, relativas à “excessiva onerosidade” da reparação/substituição (v. *supra*, n. 22), mas também o próprio art. 914º, que exige para a substituição o carácter fungível do bem e o conhecimento ou desconhecimento culposo do vício por parte do vendedor.

28 ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, pp. 332-333.

29 CARNEIRO DA FRADA, “Erro e incumprimento...”, p. 470.

30 MARIA ÂNGELA SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 245.

31 ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, pp. 57 e ss.

32 Ou então, numa outra perspectiva, trata-se aqui de um mecanismo jurídico que MENEZES CORDEIRO afirma existir

ROMANO MARTINEZ justifica a devolução do bem defeituoso através da analogia com o art. 432º/2, relativo à resolução do contrato – ou seja, o comprador só pode pedir a substituição do bem se estiver em condições de o devolver, ou se não o está, que tal tenha sucedido por causa imputável ao vendedor.³³

Para se justificar uma analogia, é necessário que estejamos perante uma determinada situação de facto sem regulação legal expressa, mas bastante semelhante a outra situação de facto que já está legalmente valorada.³⁴ O que implica uma análise da *ratio legis* da norma contida no art. 432º/2. Esta regra representa um limite preclusivo do direito de resolução, visando “tutelar uma certa igualdade jurídico-económica no seio da «relação de liquidação»”,³⁵ barrando o recurso àquele direito quando a parte que pede a resolução não está em condições de restituir o que foi prestado, por causas não imputáveis ao outro contraente. As obrigações de restituição, em boa verdade, são características prementes do regime dos contratos inválidos ou resolvidos, processando-se dentro da chamada “relação de liquidação”,³⁶ se bem que estas, à primeira vista, pareçam encontrar o seu fundamento numa figura comum aos institutos da invalidade e da resolução do contrato – a retroactividade. O objectivo desta é a reposição do *status quo ante* da celebração do contrato, ou seja, colocar as partes na situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado, forçando à restituição de tudo o que tiver sido prestado (art. 289º/1).³⁷

no ordenamento jurídico nacional, uma espécie de imposição jurídica que difere tanto do dever jurídico *strictu sensu* como do ónus. É a *Obliegenheit* alemã, que o Autor traduz por “encargo”. Distinguem-se estes encargos dos ónus, na medida em que aqui não há propriamente um comportamento facultado a uma parte na protecção de interesses próprios: tal como no dever jurídico *tout court*, o interesse tutelado é o da contraparte. A diferença é que o encargo não é judicialmente exigível pelo credor; no nosso caso, o “dever” que impenda sobre o comprador de devolver os bens defeituosos ao vendedor visaria, em primeira linha, não tanto facultar ao comprador o recurso ao pedido de substituição, mas possibilitar ao vendedor a recuperação daqueles bens – porém, o vendedor não poderia, apesar da vantagem que lhe trará esta devolução, exigir ao comprador a devolução se ele não quisesse accionar o pedido de substituição – MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, pp. 766 e ss. Em última análise, porém, os interesses do vendedor estão já suficientemente protegidos da arbitrariedade do poder de escolha do comprador através daqueles mecanismos que temos vindo a mencionar, bem como dos limites temporais para a denúncia dos defeitos e interposição de acções previstos quer pelo Código Civil quer pelo DL 67/2003 (no âmbito comunitário, no sentido de que estes dois dispositivos são suficientes para proteger os interesses económicos do vendedor, cf. o já mencionado ac. TJ *Quelle AG*, pontos. 41 e ss); o que impende sobre o comprador será um verdadeiro ónus, que o impossibilitará, no momento entre a descoberta dos defeitos e o pedido de substituição, de efectivar esse mesmo pedido, se não estiver em condições de restituir o que foi prestado.

33 ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, pp. 395 e ss.

34 KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed, trad. JOSÉ LAMEGO, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pp. 531-532.

35 BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil – Enquadramento e Regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 197.

36 BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação da culpa e impossibilidade de restituição”, *D&J*, VIII, 2, 1994, p. 50.

37 E não apenas daquilo com que se enriqueceu, como existe na obrigação de restituição derivada de enriquecimento injustificado: a doutrina demarca claramente os dois tipos de restituição – cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Negativo*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 976 e ss. O regime do enriquecimento sem causa não tem em conta a especificidade da relação contratual que deu origem à obrigação de restituição – FRÉDÉRIC ROUVIERE, “L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente”, *RTDC*, 2009, IV, p. 618.

Contudo, já existem orientações doutrinárias que vêm na questão das obrigações de restituição um problema autónomo, a ser resolvido conforme os regimes da invalidade ou da resolução, e não como uma derivação do efeito retroactivo.³⁸ De facto, a resolução do contrato por incumprimento visa repôr o equilíbrio contratual entre as partes, quando algum vício impede uma delas de realizar o seu interesse através daquele negócio.³⁹ As obrigações recíprocas de restituição são uma forma de repôr esse equilíbrio. Se bem que, em última análise, se venha a alcançar a dissolução do vínculo negocial, ao contrário da obrigação de substituição que visa antes manter o vínculo mas forçar o devedor a cumprir de novo e correctamente, o facto é que se revela necessário manter o equilíbrio contratual, evitando o enriquecimento injustificado de uma das partes – pelo que, no que toca à obrigação de restituir, existe um certo ponto de contacto entre os dois institutos.

Assim sendo, o efeito retroactivo, que supostamente seria a justificação das obrigações de restituir, não é afinal mais do que uma técnica, uma ficção com sentido estético que não tem força suficiente para operar sobre os factos.⁴⁰ O verdadeiro fundamento para a obrigação de restituir em caso de resolução do contrato é estabelecer o “equilíbrio de execução”,⁴¹ que foi quebrado pelo incumprimento – e o mesmo sucede quando existe cumprimento imperfeito, ou defeituoso: parece que de facto se justifica, neste ponto, a aplicação do art. 432º/2, enquanto forma de proibir o exercício abusivo do direito de substituição.⁴²

O conteúdo do ónus que aqui impende sobre o comprador não se cinge meramente, porém, à restituição dos bens; engloba também uma parte conservatória. Se o comprador detectar o defeito logo quando recebe os bens, pedindo de imediato a substituição, entramos já numa fase posterior da qual se tratará *infra*. Maiores problemas se levantam quando medeia muito tempo entre a celebração do contrato e a descoberta do defeito. Se o bem se tiver perdido ou deteriorado significativamente por causa imputável ao comprador, entendemos, na lógica ainda do art. 432º/2, não ser possível pedir a substituição; assim também quando este o tenha transformado, alienado ou onerado total ou parcialmente.⁴³ Não nos parece que o comprador possa restituir o valor da coisa ao vendedor a fim de pedir a substituição; de forma a poder obter a vantagem que representa aquele pedido, o comprador terá de conservar o bem a partir do momento em que descubra o defeito até o efectivar,

38 FRÉDÉRIC ROUVIERE, ob. cit., p. 618. Note-se que, em sede das velhas teorias relativas à garantia edilícia, a obrigação de substituição surgia como consequência da obrigação de restituição derivada precisamente da anulação do contrato – cf. CHIARA ABATANGELO, ob. cit., p. 635.

39 MICHELE TAMPONI, “La risoluzione per inadempimento”, in *I Contratti in Generale*, II, coord. ENRICO GABRIELLI, 2ª ed, UTET, Turim, 2006, pp. 1712-1713.

40 FRÉDÉRIC ROUVIERE, ob. cit., pp. 624-625.

41 *Idem*, p. 637.

42 V. Ac. RP de 14-04-1972, *BMJ* 216, 1972, p. 200, perspectivando o art. 432º/2 como forma de obstar ao exercício abusivo de um direito.

43 BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, pp 201-202. Veja-se também o art. 5º do anteprojecto de VAZ SERRA, “Resolução do contrato”, *BMJ*, 68, 1957, pp. 285-286.

para depois se passar à fase seguinte desta relação específica.⁴⁴ E também nos parece que assim será se o bem, previamente ao pedido de substituição, perecer por causa fortuita; se no caso da resolução do contrato esta questão é bastante controvertida, dado o carácter vago da norma do art. 432º/2,⁴⁵ já é mais clara no que toca à “relação de substituição”, visto que aqui não parece ser admissível a entrega de um equivalente pecuniário, sendo que substituir implica, logicamente, restituir, trocar uma coisa por outra.

Em suma, previamente ao pedido de substituição, justifica-se a analogia com o regime do art. 432º/2,⁴⁶ pois que assim se evita o enriquecimento do comprador à custa do vendedor, tal como na obrigação de restituição resultante de resolução do contrato, equilibrando-se as posições das partes contratantes.⁴⁷ O que o comprador deve no fundo fazer é *colocar-se em condições* de pedir a substituição, tendo assim a seu cargo um ónus de conservar e de devolver o bem a partir do momento em que descubra o defeito.⁴⁸ Não se trata de um verdadeiro dever jurídico, uma vez que, nesta primeira fase, a opção pela substituição está ainda dependente do livre arbítrio do comprador-

44 Dizemos a partir do momento em que descubra o defeito porque, enquanto ele não se manifestar e o comprador utilizar o bem, poderá obviamente causar a sua deterioração. Se no caso de resolução pode ser defensável (e mesmo assim, não sem certa dificuldade, uma vez que esta tem por base muitas vezes o incumprimento da contraparte) que a parte confrontada com o direito potestativo mereça de facto tutela a fim de receber um bem substancialmente íntegro, terá necessariamente de ser menor a protecção reservada ao vendedor quando estamos perante uma situação patológica da relação contratual provocada pelo incumprimento deste último – ALBERTO DE FRANCESCHI, ob. cit., p. 589. Assim, o bem terá de ser devolvido no estado em que se encontrava aquando da descoberta do defeito, e não aquando da celebração do contrato, mesmo que entre este momento e aquele corra um grande período de tempo; mantemos, no entanto, que a deterioração substancial do bem após a descoberta do defeito, através de uma utilização imprudente ou de uma falta de conservação ou conservação negligente, é motivo suficiente para precluir o direito à substituição. Para uma noção de deterioração “essencial” no âmbito da resolução, que entendemos ser aplicável aqui, veja-se a sugerida por VAZ SERRA no art. 5º/1 do seu anteprojecto (ob. e loc. cit). Não nos podemos esquecer que o comprador, enquanto não sofreu as consequências do defeito, utilizou o bem como seu proprietário, isto é, sem representar uma possível e eventual restituição ao vendedor.

45 O teor literal da norma, ao falar em “circunstâncias não imputáveis ao outro contraente”, parece indicar que também estão englobados os casos de perda fortuita da coisa – neste sentido, PAULO MOTA PINTO, ob. cit., pp. 992 e ss; mas o relevo dado à “imputabilidade” pode levar a interpretar o normativo *a contrario*, admitindo-se a resolução em caso de perda da coisa por força maior – BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 199. Daí a maior certeza dada pelo DL 67/2003, ao mencionar expressamente no seu art. 4º/4 que o direito de resolução pode ser exercido mesmo que o bem se tenha perdido fortuitamente, o que para PAULO MOTA PINTO representa precisamente uma solução mais favorável ao comprador, tendo em conta a óptica proteccionista do regime da venda de bens de consumo, do que a que resultaria do art. 432º/2 – v. ob. cit., p. 993, n. 2778. Esta norma, porém, ao referir expressamente os direitos de resolução e redução do preço, deixou de fora a reparação e substituição do bem, o que leva a indicar que tal raciocínio legislativo não se aplica àquelas obrigações.

46 A CV postula uma norma semelhante (se bem que mais detalhada) àquela do Código Civil (art. 82º), subordinando precisamente as duas situações – resolução do contrato e substituição das mercadorias – à possibilidade de restituição. Entendendo, no entanto, que é duvidosa a extensão do regime do art. 432º/2 aos casos da obrigação de substituição, MARIA ÂNGELA SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, pp. 233-234, n. 446.

47 BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 161.

48 RAUL VENTURA menciona o problema da qualificação da custódia como dever jurídico ou ónus relativamente à obrigação de entrega do vendedor, prevista no art. 882º. A tese que defende a existência de um ónus defende que a conservação e a guarda do bem constituem actos preparatórios da obrigação de entrega, que se tornará impossível caso aquela conduta não seja observada – cf. “O contrato de compra e venda no Código Civil”, *ROA*, 43, III, 1983, p. 628. A diferença, porém, é que no caso da obrigação do vendedor, a entrega do bem é já necessária por efeito do contrato de compra e venda (art. 879º/b)), pelo que o interesse protegido no art. 882º é sempre o do comprador. No nosso caso, só surgirá a obrigação de restituir se o comprador decidir e puder optar pela substituição, o que pode não acontecer.

credor;⁴⁹ o vendedor não lhe pode exigir a restituição, da mesma forma que não lhe pode exigir, *prima facie*, que recorra à substituição.⁵⁰

2.2 – Segundo momento: período temporal subsequente ao pedido de substituição

A partir do momento em que seja pedida a substituição, ter-se-á de alterar esta configuração. Porque agora o comprador, já consciente do defeito, faz a sua escolha entre as várias posições que lhe são fornecidas legalmente, criando uma expectativa na esfera do credor que deve ser tutelada.⁵¹ Já não é o art. 432º/2, por si apenas, que está em causa, mas toda uma nova relação credor-devedor, que implica prestações para ambas as partes: o comprador restitui a coisa defeituosa e o vendedor procede à intervenção substitutiva.⁵²

Fundamos este nascimento de uma nova obrigação no carácter potestativo do pedido de substituição. Tendo já feito este pedido, o comprador já tem consciência de que o bem terá de ser restituído; deste modo, dá-se a criação de um direito de crédito à restituição por parte do vendedor ancorado também na indispensável e necessária restituição na fase prévia ao pedido de substituição, indispensabilidade e necessidade essas que não poderiam deixar de se reflectir em qualquer fase posterior.

Assim sendo, o comprador está agora sujeito à exigibilidade da entrega dos bens pelo vendedor, visto ter efectuado a sua opção pela substituição e devendo agora colaborar com o devedor para que este possa repetir, desta vez correctamente, a prestação a que está adstrito. Assim, entra agora em acção o sinalagma *funcional* que percorre toda a execução do contrato de compra e venda, legitimando-se o vendedor a recorrer à excepção de não cumprimento, recusando-se a entregar a prestação substitutiva sem que lhe seja entregue a coisa defeituosa,⁵³ sendo este também titular de quaisquer direitos que decorrem para qualquer credor, incluindo a acção de cumprimento. A restituição da prestação já realizada visa restabelecer também nesta fase o equilíbrio interno do

49 Embora atendendo sempre aos limites resultantes da boa fé e daquelas normas que mencionámos *supra* (nota 27).

50 Embora possa oferecer-se para realizar a reparação ou substituição da coisa, a qual, sendo suficiente para satisfazer de modo pleno o interesse do comprador, não poderá por este ser recusada sob pena de ofensa à boa fé – neste sentido, CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, p. 82, e ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações*, p. 128.

51 O comprador perde assim o seu *ius variandi* quando efectue a sua escolha – CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, p. 87.

52 A “intervenção substitutiva” não se consubstancia sempre numa obrigação de entregar o novo bem; pelo menos no âmbito da venda de bens de consumo, o vendedor deve proceder à remoção do bem defeituoso quando este tenha sido instalado/integrado noutro bem, suportando as despesas inerentes – esta remoção é pressuposto necessário à devolução do bem defeituoso; v. ALBERTO DE FRANCESCHI, *ob. cit.*, pp. 583-584.

53 ANTUNES VARELA, *Obrigações*, vol. I, p. 398. A excepção de não cumprimento representa precisamente um meio restitutivo do equilíbrio contratual no âmbito dos contratos sinalagmáticos, em que existe um entrelaçamento de relações obrigacionais que servem de causa e efeitos umas das outras – no nosso caso, entre a devolução do bem e a entrega de um bem substitutivo; v. JEAN CARBONNIER, *Droit Civil, Tome 4 – Les Obligations*, 22ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2000, pp. 50-51.

contrato, como corolário da bilateralidade das prestações das partes fundadas sobre a boa fé.⁵⁴

Desta exigibilidade da coisa pestada primeiramente pelo vendedor (já não se trata aqui de um ónus, como anteriormente), nasce uma própria e verdadeira obrigação de custódia. Esta, prevista em vários contextos no Código Civil como critério típico de algumas *fattispecie* obrigacionais,⁵⁵ surge comumente coligada a situações de detenção temporária de uma coisa para futura entrega. A obrigação pode derivar da própria transferência que originou essa detenção (como no caso do comodato – art. 1135º/a) – da locação – arts. 1043º e ss. – ou do penhor de coisas – art. 671º/a),⁵⁶ ou então encontrar-se inerente a determinados estatutos jurídicos (como o gestor de negócios, ou o curador) ou incluída no conteúdo de determinado contrato complexo.⁵⁷

Considerando a distinção operada primeiramente entre nós por MOTA PINTO, os deveres de guarda, quando associados a uma obrigação de entrega, são em geral perspectivados como deveres *accessórios* da prestação principal, que normalmente não possuem autonomia face àquela e que se dirigem à satisfação do interesse do credor no cumprimento,⁵⁸ contudo, em certos casos, assumem uma extrema importância que extravasa do âmbito da acessoriedade *tout court*, visto que o seu incumprimento pode frustrar por completo a finalidade do contrato, permitindo ao vendedor resolver o contrato, recorrer à tutela indemnizatória ou mesmo à acção de condenação e à sanção compulsória.⁵⁹ Já não se está perante um mero acto preparatório da obrigação de restituir, mas perante uma obrigação que, apesar de não ser a principal, possui uma prestação autónoma.⁶⁰

No nosso caso, a perda ou deterioração dos bens defeituosos que o comprador está obrigado

54 BRUNO SCHMIDLIN, “La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità *ex tunc* al rapporto di liquidazione contrattuale”, *EDP*, 4, 2001, p. 827. O Autor refere-se à obrigação de restituição derivada da resolução do contrato, mas, conforme ao que já afirmámos, este raciocínio também se aplica para a restituição derivada do pedido de substituição. A resolução, aliás, não se limita aos contratos sinalagmáticos (cf. o art. 1140º, por exemplo).

55 E não como mero critério da responsabilidade ou diligência do devedor, como era a sua perspectiva no direito romano – MARIO TALAMANCA, “Custodia (diritto romano)”, *ED*, XI, 1962, pp. 562-563.

56 Tratam-se normalmente de contratos denominados pela doutrina italiana como “contratos restitutivos”, que incluem, para além dos mencionados em texto, outros negócios como a empreitada (quando os materiais sejam fornecidos pelo dono da obra) e o mútuo – ARTURO DALMARTELLO/GIUSEPPE B. PORTALE, “Deposito (diritto vigente)”, *ED*, XII, 1964, p. 237, n. 3.

57 BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, cit., VIII, 2, p. 46.

58 MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, p. 337.

59 BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, rev. cit., VIII, pp. 51-53. Daí alguns autores preferirem qualificar este dever como um dever lateral de conduta, ou seja, como um dever com uma “função auxiliar da realização positiva do fim contratual”, que visa evitar prejuízos que para a contraparte possam decorrer da celebração e execução do contrato, derivado da boa fé (cf. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, pp. 337 e ss.). Neste sentido, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 127, e DALMARTELLO/PORTALE, ob. e loc. cit., pp. 243-244 (embora estes Autores italianos utilizem antes o termo “dever de protecção”). No caso do comodato, também é possível reconhecer uma certa autonomia aos deveres de guarda e conservação, apesar da sua instrumentalidade face à obrigação de restituição – JÚLIO GOMES, “Do contrato de comodato”, *CDP*, nº 17, 2007, p. 23. Parece ser de inserir o incumprimento da obrigação de custódia nos factores de justa causa resolutive do art. 1140º. Também na locação financeira existe um dever de conservação do bem dado em *leasing*, cuja violação fundamenta a resolução do contrato (arts. 10º/e) e 17º do DL 149/95 de 24 de Junho, sucessivamente alterado).

60 Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., II, p. 670, quando às obrigações de guarda e conservação que impendem sobre o locatário.

a restituir ao vendedor frustraria a finalidade dessa obrigação de restituição, que é o futuro aproveitamento económico dos bens pelo vendedor; parece-nos que surge aqui uma obrigação de guarda a cargo do comprador. Concluindo, temos aqui uma custódia que nasce precisamente ao serviço da restituição – é pelo facto de a coisa ter de ser devolvida que o devedor está obrigado a conservá-la em bom estado.⁶¹

Em alguns ordenamentos jurídicos prevê-se até uma cláusula geral que conexiona qualquer obrigação de *dare* com uma obrigação de custódia a cargo daquele que deve entregar. Por exemplo, o art. 1094º do Código Civil espanhol prescreve que “o obrigado a dar alguma coisa está também obrigado a conservá-la com a diligência de um bom pai de família”, construindo assim um dever acessório da obrigação principal e preenchendo aquelas situações em que não existe uma norma expressa a relacionar a entrega com a conservação; deste modo, amplia-se o conteúdo da obrigação.⁶² Também os códigos italiano e francês se referem a esta obrigação, respectivamente, nos seus arts. 1177º e 1136º.⁶³ Desta forma, reconhecendo-se que posteriormente ao pedido de substituição o comprador tem uma verdadeira *obrigação* de devolver os bens defeituosos, ele teria, face a estes sistemas jurídicos, uma obrigação instrumental de custódia.

Para uma regulação detalhada desta obrigação, poder-nos-emos guiar pela CV. A sua secção VI tem precisamente como epígrafe “Conservação de Mercadorias”, e prevê no artigo 85º o dever de o vendedor conservar os bens enquanto eles estiverem no seu controlo e no artigo 86º o mesmo dever do lado do comprador, quando este, por algum motivo, não queira aceitar os bens ao abrigo dos termos do contrato ou da própria Convenção. Neste último grupo de casos parece englobar-se a substituição dos bens defeituosos, de acordo com o texto do artigo 46º, § 2 da Convenção.⁶⁴ Em última análise, a *ratio* é sempre a mesma: o sujeito obrigado a entregar está também obrigado a conservar.

Na falta de uma norma expressa a prever aquela obrigação de custódia do comprador, poder-se-á afirmar a sua existência no nosso ordenamento?

No âmbito do Código de Seabra, na secção deste corpo legislativo dedicada às obrigações de *dare*, entendia-se, por força do disposto no art. 717º, que recaía sob o alienante, enquanto não tivesse entregue a coisa, uma obrigação de conservação ou de custódia, avaliada pelo critério do bom pai de família – pois que a culpa ou negligência do alienante afastavam a aplicação das regras

61 DALMARTELLO/PORTALE, ob. cit., p. 237.

62 AAVV, *Comentarios al Código Civil*, coord. RODRIGO RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1264-1265.

63 No caso do código napoleónico, está expressamente estipulado que o incumprimento da obrigação de conservar leva ao ressarcimento dos “*dommages et intérêts envers le créancier*”, embora tal já resulte, na nossa opinião, no mero facto de existir aqui uma verdadeira e própria obrigação.

64 MARIA ÂNGELA SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, p. 244, n. 478.

acerca do risco previstas para este tipo de obrigações, nos termos da norma em causa.⁶⁵ Recorrendo a uma expressão de LARENZ, a relação obrigacional é um *processo*, na medida em que representa mais do que a simples soma das várias prestações, deveres e obrigações (em sentido estrito) que a compõem: é toda uma estrutura, construída com uma certa finalidade, passível de mutações derivadas da evolução da relação e da necessidade das partes.⁶⁶ Assim sendo, dentro da original relação gerada pelo contrato de compra e venda, surgiu aquele dever de devolução impendendo sobre o comprador, o qual, para ser correctamente cumprido, implica a custódia e conservação do bem defeituoso, mais uma vez também com apoio na boa fé contratual que deriva do art. 762º/2. A provar o nosso ponto, note-se o art. 882º, que regula a obrigação de entrega do lado do vendedor; é seguro afirmar que ela existiria também, mesmo que não prevista expressamente, resultando da boa fé e dos princípios que regem os deveres laterais de conduta⁶⁷ – e da obrigação prevista na norma, que é a de entregar o bem no estado em que se encontrava ao início da venda, retira-se uma obrigação de custódia do bem a entregar.⁶⁸

Actualmente, mesmo no âmbito da protecção da legislação comunitária dirigida à venda ao consumidor, já se reconheceu que o mau uso do bem pelo comprador, após a descoberta do vício, criando danos subsequentes na coisa,⁶⁹ pode dar azo a uma indemnização a pedir pelo vendedor: assim foi o entendimento da advogada-geral Trstenjak, no ac. TJ *Pia Messner c. Firma Stefan Krüger*;⁷⁰ embora afirmando que a legislação comunitária não contempla estes casos, que deverão

65 CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1931, pp. 576 e ss. Note-se que é mais correcto associar a obrigação de conservar os bens a entregar a qualquer prestação de *dare*, na senda dos códigos italiano e espanhol, e não apenas às obrigações de restituir: no caso do mandato para alienar, por exemplo, em que a obrigação de entrega se efectua não perante o mandante mas perante o terceiro, a aplicação dos arts. 1161º e 1170º leva a que o mandatário deva agir como um “bom gestor”, o que implica, logicamente, a entrega da coisa dada para alienar em perfeito estado, subentendendo-se a obrigação de a conservar, como dever acessório de guarda – VAZ SERRA, com. ao Ac. STJ 17-03-1961, *RLJ*, 94º, 1962, p. 379. Para o critério de diligência do mandatário inserido na lógica da gestão de negócios, JANUÁRIO GOMES, “Contrato de Mandato”, in *Direito das Obrigações*, III, coord. MENEZES CORDEIRO, pp. 343-345; para a distinção teórica mas fusão prática das obrigações de cumprir as instruções do mandante e agir com “diligência”, FRANÇOIS DUTILLEUL/PHILIPPE DELEBECQUE, *Contrats Civils et Commerciaux*, 6ª ed. Dalloz, Paris, 2002, p. 540. No mandato comercial, curiosamente, prevê-se e regula-se com detalhe a obrigação de conservação de mercadorias do mandatário, responsabilizando-o até pelo caso fortuito e pelos vícios intrínsecos das coisas conservadas – arts. 235º e 236º do Código Comercial.

66 MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, pp. 586 e ss.

67 Ac. STJ 17-09-2009, proc. 841/2002.S1, in www.dgsi.pt.

68 ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações*, pp. 42 e ss.

69 Danos que não se devem confundir com o defeito que legitima a substituição: este é necessariamente prévio à conclusão do contrato; ou, tratando-se de vícios supervenientes, devem pelo menos ter a sua causa reportada àquele momento. Também se pode afirmar que vícios posteriores à celebração do contrato mas anteriores à entrega do bem representam um cumprimento defeituoso da obrigação de entrega do vendedor, legitimando o comprador a recorrer aos ordinários remédios contratuais (acção de cumprimento, resolução e ressarcimento de danos), mas subordinada aos prazos previstos para a caducidade da garantia edilícia – cf. LUIGI GAROFALO, “Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano”, *RDC*, XLVII, 2, 2001, p. 250 (com referência aos arts. 1477º e 1495º do *Codice*, equivalentes aos arts. 882º e 916º, embora neste último caso os prazos sejam diferentes nos dois ordenamentos).

70 Proc. C-489/07 de 3-09-2009, ponto 91 das conclusões da advogada-geral, in <http://eur-lex.europa.eu>.

ser deixados para a regulação interna, nomeadamente para as regras do enriquecimento sem causa.⁷¹ O comprador deve abster-se de utilizar o bem⁷² ou pelo menos não o utilizar de modo impróprio.⁷³ Mas daqui se deve retirar também que o comprador, mesmo que consumidor, está obrigado a um mínimo de esforço de conservação; não deve negligentemente deixar deteriorar ou perder a coisa – veja-se, aliás, o que dispõe o art. 193º do Anteprojecto do Código do Consumidor de 2006: criando uma obrigação de conservação no seu n.º 1, reconhece depois que não terá o vendedor qualquer direito a indemnização pelo uso *normal e regular* que o comprador haja feito do bem antes do direito de resolução – o que leva a concluir que qualquer utilização imprudente já legitimaria um pedido indemnizatório.⁷⁴

De resto, não é propriamente novidade reconhecer-se que, no âmbito do contrato de compra e venda, surgem situações em que o comprador está onerado com uma obrigação de custódia; são os casos da venda sob reserva de propriedade, sob condição resolutiva ou ainda os casos de venda a contento e sujeita a prova (arts. 923º e ss.)⁷⁵ e também os casos de venda à distância (art. 8º do DL 143/2001 de 26 de Abril, sucessivamente alterado) – e note-se que em algum destes casos há transferência efectiva da propriedade para o comprador quando o negócio é celebrado, como numa compra e venda regular.

Assim, na fase posterior ao pedido de substituição, o comprador está obrigado a restituir a coisa defeituosa ao vendedor; e também está obrigado a conservá-la, para que não se frustre a finalidade daquela restituição.⁷⁶ Ponderaremos agora os limites e regime desta obrigação.

71 Por exemplo, se o comprador de um automóvel defeituoso continuar a utilizá-lo depois de pedida a substituição, com isto poupando dinheiro em transportes públicos enquanto não recebe o veículo substitutivo, mas provocando deste modo maiores danos, o vendedor não poderia accionar a responsabilidade civil, pois não só está obrigado ainda a cumprir correctamente a sua prestação, como poderá eventualmente ser confrontado com o direito de retenção do comprador sobre as despesas havidas com a conservação. Poderá, porém, exigir aquele valor poupado pelo comprador, enquanto locupletamento deste às suas custas – ANTUNES VARELA, comentário ao Ac. STJ de 7-10-1982, *RLJ*, 119º, 1987, pp. 204-205.

72 Aliás, se for de reconhecer um direito de retenção sobre a coisa defeituosa por virtude das despesas que o comprador tenha acarretado com a conservação, ele não poderá, enquanto retentor, gozar sequer do bem, por força da remissão operada pela lei para o regime do penhor (a menos que o uso se revele necessário para a própria conservação) – VAZ SERRA, “Direito de retenção”, *BMJ* nº 65, 1957, p. 212.

73 ALBERTO DE FRANCESCHI, ob. cit., p. 579. Na n. 59, o Autor dá o exemplo do o comprador de um automóvel que vem a descobrir que este tem problemas no alinhamento da direcção que diminui o nível de segurança do veículo. Pede a substituição e esta é efectiva; mas nesse período intermédio continuou a utilizar o automóvel, concebido para condução em estrada, em caminhos mal calçados ou de terra batida, provocando maiores danos.

74 Ou seja, o que deve ser indemnizado é a *deterioração* da coisa causada pela utilização imprudente, mas nunca a própria utilização, ou gozo, da coisa em si considerada. A *Court de Cassation*, após múltiplos arestos em sentidos diversos e por vezes contraditórios, acabou por chegar a esta conclusão – cf. FRÉDÉRIC ROUVIERE, ob. cit., pp. 620-621.

75 BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, cit., VIII, 2, p. 49.

76 Até porque os deveres acessórios de conduta cabem ao comprador, enquanto credor, como forma de evitar onerar em demasia a prestação do vendedor enquanto devedor da prestação substitutiva – ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 127.

III

A obrigação de custódia dos bens defeituosos pelo comprador: regime e limites

Concluindo pela existência da obrigação de conservação dos bens pelo comprador como requisito necessário à prestação substitutiva, convém agora precisar qual será o seu regime. Nomeadamente, é necessário indagar da extensão do dever de custódia – se se trata de uma mera obrigação de vigilância e de proibição de uso, ou de um dever com um conteúdo mais profundo –, da partilha de despesas com a custódia, das acções a tomar face a bens passíveis de rápida deterioração, e discernir por quem corre o risco da perda fortuita do bem.

3.1 – Extensão do dever de custódia e diligência exigível

Até aqui temos utilizado termos como conservação, custódia ou guarda de modo mais ou menos indiferenciado, mas a verdade é que às expressões “guardar” o bem e “conservar” o bem são normalmente atribuídas conotações diferentes. Se o primeiro termo implica não mais do que uma vigilância passiva sobre a coisa de modo a prevenir deteriorações nesta, salvaguardando a posição da contraparte relativamente a ela, o segundo dever implica a devolução do bem no estado em que ele se encontrava previamente à celebração do negócio.⁷⁷ A conservação exige assim uma maior acção do “custodiante” que pode obrigá-lo à “protecção económica” da coisa, através até da sua administração – assim se evitando também confundir os dois conceitos, que em termos “pouco rigorosos” são semelhantes.⁷⁸ Veja-se o que dispõe, por exemplo, o art. 671º/a), relativamente ao penhor de coisas, ao fazer corresponder à “guarda e administração” a “existência e conservação” da coisa.⁷⁹

De facto, o legislador por vezes utiliza os dois termos de maneira algo imprecisa: quando refere, no art. 1185º, relativamente ao depósito, a obrigação de *guarda* do depositário, devemos entender que o depositário não tem aquela obrigação de administração da coisa (com excepção do disposto no art. 1204º);⁸⁰ mas a sua obrigação é mais ampla do que um mero dever de vigilância,

77 Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 670, MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 375 e JÚLIO GOMES, ob. cit., p. 23, relativamente às obrigações de guarda e conservação que decorrem para o comodatário do art. 1135º/a).

78 BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, cit., VIII, 2, p. 47, n. 4.

79 O art. 1094º do Código Civil espanhol, por exemplo, prescreve claramente a obrigação de “conservar”, o que já levou o Tribunal Supremo a distingui-la de uma determinada obrigação de vigilância prevista no contrato pelas partes, no sentido de que esta não tem mais que um carácter passivo e não implica acções concretas do vigilante – Sentença do Tribunal Supremo de 19-12-98, nº 7746/1998, disponível em www.poderjudicial.es. Também para a distinção entre meras obrigações de vigilância e verdadeiras custódias, DALMARTELLO/PORTALE, ob. cit., pp. 249-250 e CARLO FUNAIOLI, “Il contratto di deposito in generale”, *RDC*, VII, 1, 1960, p. 12; distinguindo as situações em que a guarda/vigilância assume um cariz de protecção para terceiros (como nos casos dos arts. 491º, 492º e 493º), BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, cit., VIII, 2, pp. 50-51.

80 DALMARTELLO/PORTALE, ob. cit., p. 258 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., II, pp. 781-782.

sob pena de se estar a pecar por defeito no que toca à verdadeira extensão dos deveres do depositário.⁸¹

Ora, somos de opinião de que também a obrigação do comprador não redonda em meras operações de vigilância, estando ele obrigado à efectiva *conservação* dos bens defeituosos – a obrigação principal do comprador, recordemos, é a restituição dos bens: mas um dever de conservação correctamente cumprido está na base de uma restituição correcta e *in natura*,⁸² tendo em conta que já afirmámos que o desaparecimento do bem por causa imputável ao comprador, ou a sua deterioração essencial, precludem o direito à substituição – quer estejamos na fase anterior, quer posterior a este pedido.

Regressemos àquela que é, de certo modo, a situação paralela à que constitui objecto do presente estudo, que é a regulada no art. 882º. Retira-se desta norma que este, quando o vendedor não entregue imediatamente o bem ao comprador após a venda, age como mero depositário,⁸³ possuindo portanto em nome do comprador.⁸⁴ A expressão “mero depositário” tem de ser cuidadosamente analisada – implica-se antes que o vendedor ou comprador colocados na situação de detenção de um bem para futura entrega devem ser *tratados* como depositários, sem que na verdade o sejam. A norma, com efeito, não parece prever mais que um dever acessório de guarda,⁸⁵ o qual obriga o vendedor à entrega da coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda, não praticando actos que alterem o estado da coisa e praticando por outro actos relativos à *conservação* da mesma.⁸⁶

É que a classificação de um sujeito como “depositário”, no caso da aplicação do art. 882º, deve sempre atender às diferenças de relevo a nível da diligência exigível e dos poderes do “custodiante” quando se esteja perante um verdadeiro depósito ou outro tipo de conjunção restituição/conservação.⁸⁷ O depósito, que se define precisamente pela sequência entrega-guarda-restituição,⁸⁸ é sem dúvida o tipo contratual em que a obrigação de custódia assume maior

81 DUTILLEUL/DELEBECQUE, ob. cit., p. 722.

82 CARLO FUNAIOLI, ob. cit., p. 18 (embora o autor se esteja a referir ao contrato de depósito, está a relacionar a importância da obrigação de restituição enquanto elemento essencial da relação em causa, juntamente com a conservação da coisa).

83 VAZ SERRA, “Impossibilidade superveniente por causa não-imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, *BMJ*, 46, 1956, p. 91. Um outro caso em que um sujeito obrigado a restituir também pode ser considerado depositário é o do comodato, quando surge o momento da restituição – PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., II, p. 672.

84 O depositário age como “representante” do depositante, para efeitos possessórios – PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 8.

85 Parecendo inclinar-se para este entendimento, pelo menos quando o vendedor já tenha transferido também a posse, BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, cit., VIII, 2, pp. 48-49, n. 10.

86 ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações*, pp. 45-46.

87 Alertando, no direito italiano, para as diferenças entre a aplicação do art. 1177º e as regras particulares do depósito, ALFREDO GALASSO/GIUSEPPE GALASSO, “Deposito”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, V, 4ª ed., UTET, Torino, 1998, pp. 267-268.

88 ALFREDO GALASSO/GIUSEPPE GALASSO, ob. cit., pp. 253 e ss.

relevância, com carácter de dever principal e não de dever secundário. Ela representa, neste contexto, “a conservação, a defesa, a extrema atenção”.⁸⁹ Prova disso é a extensa regulação que a lei reserva nos arts. 1185º e ss. relativamente a essa obrigação, tornando-a parte da relevância causal, da função económica, do próprio depósito: consiste num dever essencial do depositário.⁹⁰

Deste modo, a custódia no depósito fundamenta-se precisamente na própria causa deste contrato: a coisa deve ser guardada porque foi entregue com esse fundamento, diferentemente de outros negócios chamados “restitutivos”, como o comodato ou a locação, em que é pelo facto de a coisa ter de ser devolvida que o devedor está obrigado a conservá-la em bom estado – e é perante uma obrigação deste último tipo que nos encontramos.⁹¹

No fundo, a ideia de tratar o comprador na situação em apreço como um depositário significa que não deixarão de ter interesse as regras deste contrato em especial, dado que possui uma regulação sem par no que à obrigação de guarda concerne. Nomeadamente, tendo em atenção que, conforme afirma FUNAIOLI, a obrigação de restituir e a de “guardar” estão incindivelmente ligadas, esta é um *meio* que visa alcançar um determinado *fim* – a conservação do bem defeituoso.⁹² Não se poderá levar a um extremo esta tese, visto que tal poderia implicar que o credor da obrigação de custódia não pudesse reagir, durante a execução da mesma, contra a pouca diligência do devedor no âmbito do contrato de depósito;⁹³ para além do mais, o Autor aproxima-se da franja da doutrina italiana que nega em parte a autonomia da obrigação de guarda no depósito, que é bastante contestada.⁹⁴ No que toca aos deveres de custódia com carácter lateral ou instrumental, porém, já parece ser de aceitar parcialmente.⁹⁵

Portanto, no que toca à extensão e finalidade da custódia, parece suficiente lançar mão da regulação do depósito. A custódia de uma coisa é assim, em última análise, uma obrigação de *facere* de conteúdo variável (consoante o tipo de bem em causa), que visa providenciar pela conservação material da coisa.⁹⁶ Uma mera obrigação de vigilância sobre o bem defeituoso seria insuficiente: o comprador deve esforçar-se por mantê-lo no estado em que se encontrava quando se apercebeu do defeito, através de medidas e expedientes seguros e suficientes para assegurar a conservação.

Mas obviamente que a diligência exigida ao comprador no cumprimento desta obrigação terá de variar consoante o circunstancialismo que rodeie o contrato e até perante o tipo de venda em

89 DUTILLEUL/DELEBECQUE, ob. cit., p. 723.

90 DALMARTELLO/PORALE, ob. cit., pp. 243-244.

91 DALMARTELLO/PORALE, ob. cit., p. 237.

92 CARLO FUNAIOLI, ob. cit., p. 18 e ss.

93 DALMARTELLO/PORALE, ob. cit., pp. 239-242 e 258-259.

94 V. DALMARTELLO/PORALE, ob. e loc. últ. cit., e BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, cit., IX, 1, pp. 69 e ss.

95 Aliás, o próprio FUNAIOLI aplica este raciocínio quer ao depósito em geral, quer à obrigação de custódia prevista no art. 1177º – ob. cit., p. 19.

96 PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., II, p. 759.

questão: assim, poderá não ser exigível o mesmo cuidado ao comprador profissional, no âmbito de um contrato entre sociedades comerciais, e ao comprador consumidor – visto que a capacidade económica e o profissionalismo de um e outro são fundamentalmente distintos. Ora, nos termos do art. 487º/2, se a lei não estabelece qualquer outro critério de responsabilidade, deve-se avaliar a culpa do devedor pelo critério do bom pai de família – ou seja, faz-se uma avaliação em abstracto da culpa do comprador neste caso? A doutrina italiana, face ao art. 1176º do *Codice*, parece entender que assim será quando se esteja perante uma obrigação de custódia acessória, como é o nosso caso.⁹⁷ Uma eventual atenuação de responsabilidade só parece ser de admitir, eventualmente, quando o contrato em questão seja gratuito,⁹⁸ ou quando o obrigado à restituição se veja confrontado, de repente, com um dever de guarda com o qual não contava, tornando-se uma espécie de “depositário forçado”, como nos casos dos arts. 1323º/3 e 814º e 815º, em que o devedor responderá unicamente por dolo ou culpa grave.⁹⁹ Não é o nosso caso, visto que não só a prestação do comprador é feita com o intuito de receber uma prestação substitutiva, como ele tem consciência da obrigação de conservar a partir do momento em que pede a substituição.

A diligência que este deve colocar na obrigação de guardar ou conservar é, portanto, avaliada conforme um padrão de conduta adaptado ao caso concreto, sem recorrer a critérios subjectivos;¹⁰⁰ porém, entendemos que, para além de factores como a natureza e valor do bem em causa,¹⁰¹ a intensidade do dever, bem como a capacidade do obrigado à custódia,¹⁰² nos vários tipos de venda, pode ter influência quanto à conduta exigível – ou seja, ter-se-á necessariamente de tratar de forma diferente a compra e venda civil ou comercial e a compra e venda de bens de consumo. Por exemplo, o comprador profissional poderá depositar a coisa defeituosa em armazém próprio ou de terceiro,¹⁰³ podendo até esta ser a melhor solução e aquela que melhor demonstra a diligência do comprador, desde que daí não resultem despesas exorbitantes para este. Já o consumidor comum pode não ter meios de preservar a coisa defeituosa num armazém...¹⁰⁴

Assim, ter-se-á de confiar na flexibilidade do critério do bom pai de família, o qual não é, de qualquer modo, um critério absoluto e objectivo, sendo maleável o suficiente para se adaptar à

97 GIORGIO CIAN/ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile – Complemento Giurisprudenziale*, 7ª ed., CEDAM, Pádua, 2005, p. 1167.

98 E trata-se, ainda assim, de uma questão controversa, devido à falta de norma expressa – cf. BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...” cit., IX, 1, pp. 56 e ss.

99 BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, *RLJ* 121º, 1988, p. 66, nota 154.

100 BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...” cit., IX, 1, p. 64.

101 Para este critério, v. a posição de FIORENTINO em PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., II, p. 759.

102 BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...” cit., IX, 1, p. 50.

103 Celebrando até um depósito a favor de terceiro, que parece ser possível, conforme avança BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...” cit., IX, p. 72.

104 A disponibilização de um espaço, aliás, não é mais do que um modo de conservação, e mesmo no próprio contrato de depósito é duvidoso afirmar-se que o depositante tenha de facto um direito a dita disponibilização – VAZ SERRA, com. ao Ac. STJ de 17-03-1961, cit., p. 378, n. 2.

situação em apreço.

3.2 – Despesas com a conservação

A CV alcançou quanto a este ponto, nos dois parágrafos do artigo 86º, uma solução de compromisso entre as posições do vendedor e do comprador. Se, por um lado, o comprador é obrigado a adoptar uma conduta que visa proteger os interesses do vendedor, por outro não será prejudicado por esta obrigação, tendo o direito a ser ressarcido das despesas em que razoavelmente incorreu e adquirindo um direito de retenção por virtude das mesmas.¹⁰⁵ É perfeitamente justificável, mesmo no âmbito nacional, este regime: desde logo, porque se admite, até face ao art. 882º, que as despesas de conservação corram a cargo do comprador quando a venda e a entrega sejam efectuadas em prazos diferentes “a pedido ou no interesse exclusivo” deste, mesmo que em princípio devessem correr por conta do vendedor enquanto encargos inerentes ao seu dever de entrega¹⁰⁶ – o que significa, invertidos que estão os papéis, que a conservação, correndo agora maioritariamente no interesse do vendedor, deve ser suportada por este. Assim, é este interesse que representa o vector principal no que toca à repartição de despesas; nunca esquecendo, também, que foi o mau cumprimento do vendedor que deu origem à situação em apreço.

Como tutela do direito do comprador ao pagamento de despesas, parece ser de aplicar o art. 754º. O comprador, detentor de um crédito à substituição do bem defeituoso mas obrigado à devolução do mesmo ao vendedor, estando obrigado a conservar ditos bens, se incorrer em despesas (razoáveis, note-se¹⁰⁷), poderá reter os bens até que elas sejam pagas. O regime da venda de bens de consumo explica com bastante facilidade esta possibilidade dada ao comprador: se a substituição deve ser realizada sem encargos para este (art. 4º/1 do DL 67/2003), as despesas que ele tenha com a conservação, feita, ainda para mais, no interesse do vendedor profissional, não podem correr por ele. Recordemos que o elenco de despesas do art. 4º/3 é meramente exemplificativo.

Também poderíamos afirmar, dado o que *supra* concluímos sobre a aplicação a esta situação de certas regras sobre o depósito, que seriam de aplicar as normas do art. 1199º/b) e c), que também levariam a um resultado semelhante.¹⁰⁸

105 MARIA ÂNGELA SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, pp. 244-245.

106 PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., II, p. 177.

107 O comprador perderá o direito de retenção por despesas efectuadas de má fé, ou seja, quando tenha consciência de lesar o direito de outrem com a sua posse, mesmo tendo-a adquirido de boa fé (v. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1967, p. 591), nos termos do art. 756º/b). Ou seja, se o comprador, com consciência de que terá de devolver a coisa defeituosa no estado em que se encontra ao tempo da descoberta dos defeitos, consciência essa que já se incrementou visto que recorreu ao remédio da substituição, recorre a meios desproporcionados ou demasiado dispendiosos para a conservar, não terá qualquer direito ao ressarcimento dessas despesas.

108 No sentido de aplicar estas normas ao dever de guarda com carácter acessório, BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, cit., VIII, 1, p. 58.

Numa última palavra, note-se que as despesas a computar são apenas aquelas que resultem da conservação do bem, após a descoberta do defeito e pedido de substituição, e não quaisquer despesas anteriores a esse momento, já que o comprador nestas terá incorrido enquanto proprietário e possuidor do bem defeituoso; da mesma maneira que ele não responde pela deterioração que tenha ocorrido sobre a coisa previamente à descoberta do defeito, também não é ressarcido daqueles gastos – a menos que se tratem de danos provocados pelo próprio defeito, que deverão ser indemnizados pelo vendedor como consequência de estarmos perante uma forma de incumprimento das obrigações.¹⁰⁹

3.3 – Bens perecíveis

Quanto à venda de bens perecíveis, ou passíveis de acelerada deterioração, a CV expressamente coloca a cargo da parte obrigada à conservação o dever de os vender o mais rapidamente possível, para evitar a sua perda (art. 88º/2). MARIA ÂNGELA SOARES/RUI MOURA RAMOS entendem que o que está em causa, no direito nacional, é a mesma lógica que preside à gestão de negócios: a boa fé é aqui insuficiente para justificar a oneração de uma das partes com um dever que visa no fundo minimizar prejuízos para a outra, quando foi esta que, pelo seu comportamento, provocou a situação. Já o sistema da gestão de negócios, dado que aqui se trata de um dispositivo que visa proteger o vendedor, parece ser adequado para chegar a uma solução semelhante à propugnada pela Convenção.¹¹⁰

Contudo, parece-nos que o único dever do comprador é o de avisar o vendedor do estado e condição dos bens, sendo de aplicar o art. 1187º/b), relativo ao contrato de depósito.¹¹¹ No que toca à venda dos bens pelo comprador, somos da opinião de que estamos perante uma situação semelhante à do art. 674º relativo ao penhor de coisas, que permite ao devedor ou ao credor pignoratício efectuar a venda antecipada da coisa quando existe receio fundado de deterioração ou perda da coisa. O que está previsto nesta norma é efectivamente uma faculdade, concedida até a ambas as partes; parece que, no máximo, o credor pignoratício a mais não está obrigado do que a avisar o devedor, tal como o comprador no nosso caso.¹¹²

109 ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, pp. 259 e ss.

110 MARIA ÂNGELA SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, pp. 251-252.

111 BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda...”, cit., VIII, 2, p. 58. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA entendem que no depósito de coisa controvertida não existe esta faculdade de venda antecipada, mas apenas a obrigação de aviso do art. 1187º/b); porém, reconhecem ao depositário o estatuto de gestor de negócios – ob. cit., II, p. 782. Sobre a questão no direito italiano, DALMARTELLO/PORTALE, ob. cit., p. 261. Já BRANDÃO PROENÇA acredita ser defensável esta faculdade no contrato de depósito em geral, através da aplicação analógica do art. 1162º, de uma interpretação extensiva do art. 1190º ou até segundo os ditames da boa fé – “Do dever de guarda...”, cit., IX, 1, p. 79, n. 222.

112 ALMEIDA COSTA, “Penhor – Ilicitude na guarda da coisa penhorada; venda antecipada”, *CJ*, X, II, 1985, pp. 25-27. Em sentido algo oposto, afirmando que a venda a terceiro pode ser indispensável para a conservação eficaz da coisa, tendo em conta que o credor pignoratício age como verdadeiro gestor dos interesses do proprietário, v.,

Se o comprador optar pela venda entra em jogo a gestão de negócios, que terá uma natureza *ad hoc*; correspondendo a venda antecipada ao interesse do vendedor,¹¹³ não vemos porque não poderá o comprador efectuá-la e ser aplicável o regime do art. 465º/e). Nascerá então de uma situação excepcional, em que o bem não pôde ser devolvido, não por perda fortuita, mas por uma perda deliberada em vista da protecção do vendedor; parece-nos que será um caso em que, de qualquer modo, este continua obrigado à substituição, satisfazendo-se com o valor obtido pelo comprador com a venda a terceiro.¹¹⁴

Concluindo, existe uma faculdade de venda dos bens a terceiro,¹¹⁵ justificada pela lógica da gestão de negócios (conquanto o comprador está a defender sobretudo interesses do vendedor), e não uma obrigação; as obrigações do comprador nesta situação esgotam-se num dever de aviso, mais não lhe sendo exigível.

3.4 – Risco pelo perecimento fortuito da coisa

Na fase prévia ao pedido de substituição, o perecimento por causa de força maior da coisa defeituosa terá como efeito tão-simplesmente impedir a operação de substituição *tout court*, visto que nesta fase o comprador exerce a conservação dos bens no seu próprio interesse, como requisito para poder pedir a substituição.

Recorremos acima à analogia com o art. 432º/2 para justificar a existência de um ónus de restituição e conservação nesta fase; ora, esta norma estabelece o risco da resolução, ou seja, de quando a perda fortuita da coisa vai impedir a exigência de resolução (que corre por conta do contraente que a ela quer recorrer); porém, uma coisa é o risco do pedido de resolução, outra é o risco da devolução das prestações, já depois do pedido de resolução – ou, no nosso caso, do pedido

CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LOPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 834-835.

113 Assim será na generalidade dos casos, já que a manutenção dos bens perecíveis na posse do comprador poderia levar a que eles se perdessem, apesar de todos os esforços de conservação terem sido respeitados, ou então elevar demasiado as despesas tidas pelo comprador na conservação, despesas essas que – como já afirmámos – o vendedor teria de ressarcir – MARIA ÂNGELA SOARES/RUI MOURA RAMOS, *ob. cit.*, p. 252.

114 Entendemos que o comprador terá de tentar os melhores esforços para vender o bem nas melhores condições de mercado, pelo valor real ou pelo menos bastante aproximado, porque assim será a vontade do *dominus*, que o gestor deve sempre ter em atenção – v. art. 466º/2. A não actuação conforme o interesse do dono do negócio responsabiliza o gestor enquanto gestão *culposa*.

115 A CV, por sua vez, prevê um verdadeiro dever de vender, ao passo que no nº 1 do mesmo preceito é que está prevista uma faculdade de venda – JOHN HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, 3ª ed., Kluwer Law International, Cambridge, 1999, p. 529. Esta faculdade, que surge quando a parte onerada com a conservação é defrontada com uma demora irrazoável em recuperar os bens pela contraparte, está prevista no ordenamento nacional para a compra e venda comercial, no art. 474º do Código Comercial, mas apenas para o vendedor; de facto, parece tratar-se de uma norma excepcional, visto que, já que, entendendo nós que estamos perante uma verdadeira relação contratual bilateral, o atraso na recuperação dos bens defeituosos rege-se-á pelas regras da mora do credor (arts. 813º e ss.). Quanto à venda a terceiro de bens perecíveis, temos como exemplo no ordenamento nacional o art. 22º do DL 352/86, de 21 de Outubro, que prevê esta venda como faculdade do transportador, embora sujeita a autorização judicial.

de substituição.

Neste último aspecto, relativamente à resolução (e também à anulabilidade), ficciona-se, devido ao efeito retroactivo, que o bem nunca saiu da esfera do proprietário (ou seja, de que o art. 408º/1 nunca funcionou), aplicando-se o regime geral do art. 796º, do qual emana o princípio *res perit domino* – o risco corre por conta do proprietário, o que quer dizer, no caso da compra e venda, do vendedor. E à mesma conclusão se chega através da remissão feita pelo art. 289º/3 para o art. 1269º, (e do art. 433º para o 289º quanto à resolução), que faz depender da culpa do “possuidor de boa fé” a sua responsabilidade pela deterioração fortuita da coisa.¹¹⁶

Este raciocínio não é, porém, aplicável no âmbito da obrigação de substituição. Porque se acima afirmámos que ele não é necessário para justificar a restituição *de per se*, o efeito retroactivo opera agora, enquanto técnica jurídica, para repôr o *status quo ante* – e é graças a ele que se consegue colocar as diversas posições jurídicas dos contratantes no estado anterior à celebração do negócio, o que passa logicamente por restaurar a propriedade originária. Mas na obrigação de substituição não existe retroactividade: não se ficciona que nunca tenha existido um negócio.¹¹⁷ Ao contrário do que sucede na “relação de liquidação” derivada de contratuto inválido ou resolvido, não podemos recorrer àquele método para fundamentar a transferência da propriedade para o titular originário do direito, pertencendo esta ao comprador a partir do momento em que se celebrou o contrato (arts. 879º/b) e 408º).¹¹⁸

Na verdade, o negócio mantém-se, e dá-se ao vendedor uma nova oportunidade para cumprir, como acontece em geral no regime do incumprimento contratual até perante a simples mora do devedor. A remissão para o regime da resolução do contrato só será possível, parece-nos, se expressamente prevista na lei, como no caso do § 439/4 do BGB; se a identidade de razão é suficiente para a aplicação do art. 432º/2, não basta para justificar a retroactividade, tendo em conta as diferentes filosofias subjacentes à resolução (destruição retroactiva do contrato) e à substituição (uma segunda oportunidade dada ao devedor para cumprir, de modo a salvar o negócio).

Sem previsão legal expressa, tendo em conta que não é possível a restituição do bem defeituoso em valor, não nos podemos socorrer, desde logo, ao art. 289º/1. E a aplicação do art. 289º/3, ao remeter para o regime possessório do art. 1269º, também se revela prejudicial para o

116 PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 201 e ss.

117 “Nesta perspectiva, podemos dizer que a resolução, enquanto *ultima ratio*, é uma figura jurídica que, questionando a estabilidade contratual, é avessa às técnicas de conservação contratual como são (...) o pedido de reparação ou eliminação dos defeitos da coisa” – BRANDÃO PROENÇA, “A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?”, *ROA*, 70, 2010, p. 227.

118 Sem prejuízo, obviamente, das excepções relativas às obrigações de transmissão de coisa futura ou indeterminada ou da matéria relativa às obrigações genéricas e ao contrato de empreitada – art. 408º/2; ou no caso de venda com reserva de propriedade – art. 409º. Note-se que, mesmo nestes casos, a venda não perde o seu efeito real; ele é simplesmente transferido para um momento posterior – RAUL VENTURA, *ob. cit.*, III, pp. 617-618.

comprador: considerá-lo como um verdadeiro possuidor (ao invés de um mero detentor, conforme temos vindo a afirmar), implicaria, na nossa situação, considerá-lo também – sempre – um possuidor de má fé. Isto porque, no âmbito da invalidade, se considera que o *accipiens* está de má fé a partir do momento que conhece a invalidade, ficando obrigado a partir de então a assegurar a integralidade da coisa a restituir (o que justifica o seu tratamento mais severo).¹¹⁹ Ora, no caso do pedido de substituição do bem defeituoso, o comprador estaria assim de má fé logo que conhecesse o defeito – e estando o pedido de substituição dependente da descoberta de um defeito, o comprador seria também sempre responsável pelo perecimento ou deterioração substancial fortuita da coisa. No que toca aos efeitos, continuar-se-ia a embater no mesmo obstáculo. A posse de má fé servirá, somente, para limitar o direito de retenção nos termos que já vimos *supra*, evitando que o vendedor pague despesas desproporcionadas.

O que nos leva a concluir, *prima facie*, pela aplicação das regras dos arts. 408º e 796º, fazendo correr o risco pelo proprietário, que será em princípio o comprador. Parece pesada esta solução, principalmente quando a parte prejudicada acaba por ser aquela que mais tutela merece – o comprador, de certo modo “vítima” do cumprimento defeituoso pela sua contraparte. O devedor acabará por obter vantagens devido ao seu mau cumprimento, até porque, conforme resulta do art. 914º, a obrigação de substituição implica *conhecimento* ou *desconhecimento culposo* do vício de que a coisa padece: quando estamos a operar já no seio desta particular obrigação, há que observar sempre que foi o comportamento negocial incorrecto de uma das partes que deu origem à situação em que ambas se encontram.¹²⁰ No caso particular da venda de bens de consumo, há que notar, ainda para mais, que o vendedor, um profissional com recursos mais avultados do que o consumidor, é o *best risk bearer*, ou seja, o sujeito que conseguirá mais facilmente internalizar o risco de um evento danoso fortuito,¹²¹ o que leva alguma doutrina a considerar que, no caso do chamado direito de “livre resolução” previsto em diversa legislação avulsa de protecção do consumidor, o risco corre sempre pelo fornecedor/vendedor profissional, apesar da aplicação das regras do art. 408º/1 e 796º. Em princípio, seria necessária uma disposição legal especial para subverter a regra da consensualidade: o art. 192º do Anteprojecto do Código do Consumidor, por exemplo, estipula que o risco correria sempre pelo profissional até à restituição do bem ou até

119 PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, II, p. 985.

120 Daí entendermos não ser aplicável a solução que responsabiliza o comodatário quando exista perda fortuita da coisa e estava no seu poder evitá-lo – art. 1136º/1. Esta solução só se justifica face a um contrato gratuito como é o comodato, estabelecido no exclusivo interesse do devedor; já no nosso caso, não só não estamos perante um contrato gratuito, como o interesse na custódia é também do credor da obrigação de restituição (o vendedor) – PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil* (reimp.), Almedina, Coimbra, 1995, pp. 351-352. Em sentido contrário, afirmando que o art. 1805º do *Codice* é um corolário de princípios gerais de diligência, LUIGI MOSCO, “Impossibilità sopravvenuta della prestazione”, *ED*, XX, 1970, pp. 432-434.

121 ALBERTO GALLARATI, “Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole”, *RDC*, LI, 4, 2005, p. 371.

decorrer o prazo para exercer aquele direito de resolução.

Todavia, através de uma análise da *ratio* deste direito de origem comunitária, conclui-se que onerar o consumidor com este risco representa um grave atentado à tutela que se lhe pretende atribuir, visto estar-se a limitar o exercício do direito de livre resolução,¹²² que representa, nas palavras de FERREIRA DE ALMEIDA, o *ex libris* do direito do consumo:¹²³ se a ideia é proteger o consumidor de aquisições precipitadas, dando-lhe um período de reflexão, escudando-o inclusive contra as chamadas “vendas agressivas”, seria incongruente que ele suportasse o risco.¹²⁴ Contudo, este raciocínio não parece ser aplicável à obrigação de substituir, porque implica reconhecer-se que a integralidade e a própria existência do bem para efeitos de restituição não são requisitos essenciais, podendo ser afastados se o evento danoso se der por causa fortuita. Já vimos que assim não é no nosso caso. Persiste a solução que fará o risco correr por conta do comprador, impedindo a substituição em todo o caso. A faculdade potestativa que é o pedido de substituição esgota-se na criação daquela nova relação obrigacional, não nos parecendo que seja suficiente para justificar a transferência da propriedade logo no momento em que a substituição é pedida¹²⁵ – até porque nem seria coerente afirmar que a restituição da coisa defeituosa é um requisito essencial para pedir a substituição, para depois afirmar o contrário após o pedido ter sido efectuado.¹²⁶

Recordemos, de qualquer modo, que a tutela do comprador, com tudo o que temos vindo a expôr, é já bastante acentuada. A impossibilidade de pedir a substituição quando o bem pereça por causa fortuita não implica que ele não possa recorrer a outros remédios – por exemplo, o art. 4º/4 do DL 67/2003 permite ao comprador pedir a resolução do contrato ou a redução do preço caso a coisa se perca por motivo que não lhe é imputável; e não vemos porque não aplicar o mesmo raciocínio à venda civil, perante o silêncio do Código.

Concluindo, podemos apontar apenas dois casos em que a perda do bem defeituoso não leva à impossibilidade de substituição: quando se trate de uma venda feita no interesse do vendedor, nomeadamente por força da perecibilidade dos bens em questão, ou quando o bem se perca por

122 BRANDÃO PROENÇA, “A desvinculação...,” pp. 245-247, e MARIA CARLA CHERUBINI, “Sul c.d. diritto di ripensamento”, *RDC*, XLV, 6, 1999, pp. 704 e ss. (esta última Autora faz uma resenha geral da questão no direito italiano, onde também se coloca esta controvérsia).

123 FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 106.

124 LUCÍA VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, “Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana”, *RDP*, 22, 1, 2009, pp. 286-287.

125 Note-se que afirmar tal transferência da propriedade apenas teria incidência sobre este ponto do risco, visto que no que toca às obrigações de *dare* e de *facere* que são a restituição do bem e a sua conservação, é algo indiferente que o proprietário seja o comprador ou o vendedor; a obrigação de *dare*, no nosso direito, pode ser apenas um meio de transferir a posse, sem perder esta qualificação só porque não transfere a propriedade (RIBEIRO DE FARIA, ob. cit., I, pp. 75 e ss.). Já a obrigação de conservação, será sempre um dever acessório ou instrumental, independentemente de a propriedade regressar de imediato ao vendedor (como na “relação de liquidação” *post* resolução ou declaração de invalidade) ou permanecer na esfera do comprador até à entrega do bem.

126 Sem prejuízo da aplicação das regras da mora do credor; o art. 815º/1 faz correr o risco por este, quando se atrase ou não colabore na recepção da prestação.

vício intrínseco, aplicando-se a solução que a lei italiana reserva à impossibilidade de resolução (art. 1492º/3 do *Codice*). O legislador transalpino prevê expressamente que a perda fortuita ou culposa do bem impede o comprador de pedir a resolução, mas já assim não é caso do perecimento do bem devido ao próprio vício, que não preclui o direito de resolução como forma de defesa contra aqueles defeitos.¹²⁷

127 BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 199, n. 594. A solução será a mesma quer previamente quer posteriormente ao pedido de substituição.

IV

Conclusão

Com tudo o que foi exposto nas páginas anteriores, podemos retirar as seguintes conclusões, respondendo às questões que colocámos na introdução:

a) Previamente ao pedido de substituição, o vendedor não pode exigir ao comprador a restituição da coisa defeituosa, até porque se deve sujeitar ao poder de escolha deste último sobre os vários “remédios” previstos na lei para a venda de coisa defeituosa.

b) Mas sobre o adquirente impende um ónus de a restituir e conservar, sendo requisito essencial para o pedido de substituição a existência e a boa condição do bem. Posteriormente a esse pedido, a força potestativa do mesmo cria uma nova obrigação, tornando a restituição exigível pelo vendedor.

c) Como acessória à obrigação de restituir, surge para o comprador que pede a substituição uma obrigação de conservação, também como corolário dos princípios emanados pela boa fé, podendo ele ser responsabilizado pela sua falta de diligência e perdendo o direito à substituição caso os bens se percam ou deteriorem substancialmente por sua culpa.

d) O comprador é, dentro de certos limites, tratado como um depositário, com a sua conduta a ser avaliada pelo critério do bom pai de família.

e) As despesas tidas com a conservação devem correr por conta do vendedor, visto que a conservação é feita em grande parte no seu interesse; o comprador adquire inclusivé um direito de retenção sobre a coisa defeituosa.

f) Ao mesmo resultado se chegará através da aplicação analógica das alíneas b) e c) do art. 1199º, e, no caso da venda de bens de consumo, tão simplesmente pela actuação dos princípios de protecção de consumidor derivados de legislação comunitária, que visam tornar a prestação substitutiva o menos dispendiosa possível para o consumidor.

g) Tratando-se de bens perecíveis, o comprador deve antes de tudo avisar o vendedor, também por força das regras do contrato de depósito (art. 1187º/b)), tendo a faculdade de proceder à venda dos bens enquanto gestor de negócios deste.

h) A perda fortuita do bem, quer se dê previamente ou posteriormente ao pedido de substituição, provoca a impossibilidade de substituir – o risco corre pelo comprador, porque ele é o verdadeiro proprietário.

i) Mesmo no caso da venda de bens de consumo, apesar de a parte profissional do contrato estar em princípio em melhores condições de suportar o risco, a intenção do legislador resulta clara quando afirma no art. 4º/4 do DL 67/2003 que “os direitos de resolução do contrato e de redução do

preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador”, deixando de fora a reparação e substituição do bem – solução que nos parece aplicável também aos contratos de compra e venda celebrados fora do âmbito daquele diploma.

j) As únicas situações em que apuramos não ser essencial a restituição do bem defeituoso são as de venda de bens perecíveis e a destruição do bem devido ao próprio vício, em qualquer das fases temporais desta relação, aplicando-se a solução da lei italiana para a acção redibitória.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra, 2001.

ABATANGELO, Chiara – “Sostituzione di bene viziato e contrattazione di cosa specifica: i termini della questione nel diritto tedesco e nel pensiero giuridico italiano”, *Rivista de Diritto Civile*, L, 5, 2004, pp. 635-666.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito Civil – Parte Geral: III – Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

CARBONNIER, Jean – *Droit Civil, Tome 4 – Les Obligations*, 22^a ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2000.

CARRASCO PERERA, Ángel Francisco/MARÍN LOPEZ, Manuel Jesús/CORDERO LOBATO, Encarna – *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Navarra, 2002.

CHERUBINI, Maria Carla – “Sul c.d. diritto di ripensamento”, *Rivista de Diritto Civile*, XLV, 6, 1999, pp. 695-714.

CIAN, Giorgio/TRABUCCHI, Alberto – *Commentario Breve al Codice Civile – Complemento Giurisprudenziale*, 7^a ed., CEDAM, Pádua, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes:

- *Da Boa Fé no Direito Civil* (reimp.), Almedina, Coimbra, 1997.
- *Direito das Obrigações*, 2^o vol. (reimp.), AAFDL, Lisboa, 1994.
- *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, t. I, 3^a ed., Almedina, Coimbra, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida:

- *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- “Penhor – Ilicitude na guarda da coisa penhorada: venda antecipada”, *Colectânea de Jurisprudência*, X, 2, 1985, pp. 21-29.

DUTILLEUL, François/DELEBECQUE, Philippe – *Contrats Civils et Commerciaux*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 2002.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de – *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 1987.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da:

- *Contrato e Deveres de Protecção*, separata do suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXVIII, Coimbra, 1994.
- “Erro e Incumprimento na Não-Conformidade da Coisa com o Interesse do Credor”, *O Direito*, 121, III, 1989, pp. 461-484.
- “Perturbações Típicas do Contrato de Compra e Venda”, in *Direito das Obrigações*, III – *Contratos em Especial*, coord. António Menezes Cordeiro, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 49-96.

FRANCESCHI, Alberto de – “La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita”, *Rivista di Diritto Civile*, L, 2, 2009, pp. 559-596.

FUNAIOLI, Carlo Alberto – “Il contratto di deposito in generale”, *Rivista de Diritto Civile*, VII, 1, 1961, pp. 8-51.

GALASSO, Alfredo/GALASSO, Giuseppe – “Deposito”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, V, 4ª ed, UTET, Torino, 1998, pp. 253-274.

GALLARATI, Alberto – “Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole”, *Rivista di Diritto Civile*, LI, 4, 2005, pp 343-375.

GAROFALO, Luigi – “Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano”, *Rivista di Diritto Civile*, XLVII, 2, 2001, pp. 243-294.

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Do Contrato de Comodato”, *Cadernos de Direito Privado*, 17, 2003, pp. 3-31.

GOMES, Manuel Januário da Costa – “Contrato de Mandato”, in *Direito das Obrigações*, III – *Contratos em Especial*, coord. António Menezes Cordeiro, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 263-408.

GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1931.

HONNOLD, John O. – *Uniform Law for International Sales*, 3ª ed., Kluwer Law International, Cambridge, 1999.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa – *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil* (reimp.), Almedina, Coimbra, 1995.

LARENZ, Karl – *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

LEITÃO, Luís Filipe Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*, III – *Contratos em Especial*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes

– *Código Civil Anotado*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1967.

– *Código Civil Anotado*, II, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986.

– *Código Civil Anotado*, III, (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

LUMINOSO, Angelo – “Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita”, *Rivista di Diritto Civile*, LVII, 6, 2001, pp. 837-862.

MACHADO, João Baptista:

– “A cláusula do razoável”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 121º, 1988, pp. 65-67,

105-109 e 134-138.

- “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 215, 1972, pp. 5-93.

MARTINEZ, Pedro Romano:

- *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994.
- *Da Cessação do Contrato*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- *Direito das Obrigações, Parte Especial – Contratos: Compra e Venda, Locação, Empreitada*, Almedina, Coimbra, 2000.

MAZZAMUTO, Salvatore – “L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura”, *Europa e Diritto Privato*, 2001, 3, pp. 513-530.

MOSCO, Luigi – “Impossibilità sopravvenuta della prestazione”, *Enciclopedia del Diritto*, XX, 1970, pp. 405-440.

PINTO, Carlos Alberto Mota

- *Cessão da Posição Contratual* (reimp.), Almedina, Coimbra, 2003.
- “Garantia de bom funcionamento e vícios do produto” (com JOÃO CALVÃO DA SILVA), *Colectânea de Jurisprudência*, X, 3, pp. 19-29.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Cardoso Correia Mota – *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

Principles of European Contract Law, Parts I and II, ed. por OLE LANDO e HUGH BEALE, Kluwer Law International, Haia, 2000.

PROENÇA, José Carlos Brandão:

- “A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 70, 2010, pp. 219-272.
- *A Resolução do Contrato no Direito Civil – Enquadramento e Regime*, Coimbra Editora,

Coimbra, 1996.

- “Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação da culpa, e impossibilidade de restituição”, *Direito e Justiça*, VIII, 2, 1994, pp. 46-76 e vol. IX, 1, 1995, pp. 47-102.
- *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

ROUVIERE, Frédéric – “L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2009, IV, pp. 617-638.

SCHMIDLIN, Bruno – “La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità *ex tunc* al rapporto di liquidazione contrattuale”, *Europa e Diritto Privato*, 2001, 4, pp. 825-842.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz:

- Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Março de 1961, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 94º, 1962, pp. 374-383.
- “Direito de retenção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 65, 1957, pp. 103-259.
- “Impossibilidade superveniente por causa não-imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 46, 1956, pp. 5-152.
- “Resolução do contrato”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 68, 1957, pp. 153-289.

SILVA, João Calvão da:

- *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004.
- *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 2ª ed., Coimbra, 1995.
- “Garantia de bom funcionamento e vícios do produto” (com CARLOS ALBERTO MOTA PINTO), *Colectânea de Jurisprudência*, X, 3, pp. 19-29.
- *Venda de Bens de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2003.

SOARES, Maria Ângela Coelho Bento/RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura:

- *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1995.

- “Os meios à disposição do comprador, no caso de violação do contrato pelo vendedor, na Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias”, *Revista de Direito e Economia*, VIII, 1, 1982, pp. 83-109.

TALAMANCA, Mario – “Custodia (Diritto Romano)”, *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, pp. 562-563.

TAMPONI, Michele – “La risoluzione per inadempimento”, in *I Contratti in Generale*, coord. Enrico Gabrielli, vol. II, 2ª ed., UTET, Turim, 2006, pp. 1709-1789.

VARELA, João de Matos Antunes:

- Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Outubro de 1982, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 119º, 1987, pp. 200-205.
- *Das Obrigações em Geral*, I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- *Das Obrigações em Geral*, II, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1997.

VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucia – “Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 22, 1, 2009, pp. 253-291.

VENTURA, Raúl – “O Contrato de Compra e Venda no Código Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, vol. II (pp. 261-318) e vol. III (pp. 587-643), 1983.