



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A (POSSÍVEL) HIERARQUIA ENTRE OS DIREITOS DOS
CONSUMIDORES EM CASO DE DESCONFORMIDADE DO BEM**

Joana Teixeira Trindade Moreira da Silva

Outubro de 2016

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Escola de Direito do Porto

**A (POSSÍVEL) HIERARQUIA ENTRE OS DIREITOS DOS
CONSUMIDORES EM CASO DE DESCONFORMIDADE DO BEM**

Joana Teixeira Trindade Moreira da Silva

Dissertação de Mestrado em Direito Privado, elaborada sob a orientação da Professora

Doutora Maria João Vaz Tomé

Outubro de 2016

Agradecimentos

- Aos meus pais, ao meu irmão e aos meus avós, por todo o carinho e apoio incondicional;
- Aos meus amigos, pela lealdade demonstrada e por me acompanharem durante este percurso;
- Ao meu irmão João e à Noémia Teles, pela leitura atenta desta dissertação e pelas pertinentes sugestões;
- À Professora Doutora Maria João Vaz Tomé, por me ter orientado ao longo dos últimos meses e pela disponibilidade e conhecimentos transmitidos.

Resumo

O modelo atual da nossa sociedade tornou imperativa a adoção de mecanismos destinados à proteção do consumidor. Nesse sentido, Portugal transpôs a Diretiva 1999/44/CE, através do DL nº67/2003, que regula a venda de bens de consumo e as garantias a ela relativas. O presente trabalho debruça-se sobre este diploma e procede a uma análise da eventual existência de uma hierarquia entre os direitos conferidos ao consumidor pelo art. 4º nº1 em caso de desconformidade do bem. Em primeiro lugar, descrevemos brevemente o regime da compra e venda de coisa defeituosa no CC. Posteriormente, estudámos as soluções adotadas pela Diretiva 1999/44/CE. Por fim, analisámos o DL nº67/2003, colocando um especial enfoque nos direitos do consumidor perante um bem desconforme, concluindo pela não existência de uma hierarquia entre esses direitos.

Palavras-chave: consumidor; desconformidade; Diretiva 1999/44/CE; DL nº67/2003.

Abstract

The current model of our society made it imperative to adopt mechanisms for the consumer's protection. In that way, Portugal transposed the Directive 1999/44/CE, through the Decree-Law no. 67/2003, which regulates the sale of consumer goods and associated guarantees. This paper focuses on this law and analyzes the possible existence of a hierarchy among the rights conferred by the article 4 no. 1 in case of non-conformity with the contract. First, we briefly described the regime of purchase and sale agreement of the defective thing in the Civil Law. Subsequently, we studied the solutions adopted by the Directive 1999/44/CE. In the end, we analyzed the Decree-Law no. 67/2003, placing a special focus on consumer's rights in case of non-conformity, concluding by the absence of a hierarchy among these rights.

Keywords: consumer; non-conformity; Directive 1999/44/CE; Decree-Law no. 67/2003

Índice

Advertências	7
Siglas e abreviaturas	8
Introdução.....	10
I. O regime da compra e venda de coisa defeituosa no Código Civil	12
1. Noção de defeito à luz do CC	12
2. Os direitos do comprador	13
2.1. Prazos para o exercício dos direitos	15
II. A compra e venda de bens de consumo	18
1. A noção de consumidor	18
2. A Diretiva 1999/44/CE	21
2.1. Âmbito subjetivo de aplicação	23
2.2. Âmbito objetivo de aplicação	23
2.3. A obrigação de conformidade com o contrato	24
2.4. Os direitos do comprador em caso de desconformidade	25
3. O DL nº 67/2003	26
3.1. Âmbito de aplicação	27
3.2. Conformidade com o contrato	29
3.3. Os direitos dos consumidores	31
3.4. A responsabilidade do produtor	39
3.5. O direito de regresso do vendedor final	40
3.6. Prazos	41
3.7. Hierarquia entre os direitos.....	43
Conclusão	49
Bibliografia.....	51

Advertências

O presente trabalho obedece às regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, assinado em Lisboa, a 16 de Dezembro de 1990 e aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, de 23 de Agosto.

No corpo do texto, bem como nas notas de rodapé, adotámos o sistema abreviado autor, data, página. As referências completas podem ser consultadas na bibliografia.

Todas as disposições legais citadas no capítulo I, sem referência a qualquer diploma legal, referem-se ao Código Civil de 1966.

Siglas e abreviaturas

Ac./Acs. – Acórdão/Acórdãos

Art./Arts. - Artigo/Artigos

BFDUC - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

BMJ - Boletim do Ministério da Justiça

CC - Código Civil

CE - Comissão Europeia

Crf. - Conferir

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-Lei

Ed. - Edição

EDC - Estudos de Direito do Consumidor

E-M - Estados-membros

ERPL - European Review of Private Law

FDUNL - Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

JP – Julgados de Paz

LDC - Lei de Defesa do Consumidor

Nº - Número

PE - Parlamento Europeu

Pp. - Páginas

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

RPDC - Revista Portuguesa de Direito do Consumo

Ss. - Seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

V.g. - Verbia gratia (por exemplo)

Vol. – Volume

Introdução

A necessidade de o Direito prever esquemas de proteção do consumidor é relativamente pacífica¹. De facto, assistimos, atualmente, a um “fenómeno de produção em massa”², cujas características e manuseamento são quase impossíveis de apreender por parte dos consumidores, tornando-os mais permeáveis a riscos e abusos provenientes da “sociedade de consumo”. Diante deste cenário, torna-se imperioso reconhecer a desigualdade de poder entre aqueles que compram e aqueles que vendem os bens³. O poder económico, bem como os conhecimentos técnicos de que os fornecedores dispõem, colocam habitualmente os consumidores numa posição de fragilidade, que cumpre ao Direito tutelar.

No ordenamento jurídico português, a tutela do consumidor constitui um imperativo constitucional. Os direitos dos consumidores surgem consagrados como direitos fundamentais, preceituando o art. 60º da CRP que “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”.

O regime civil da compra e venda de coisa defeituosa revelou-se inidóneo para conferir um nível de proteção suficientemente elevado ao consumidor, mostrando-se mais favorável para o vendedor. Com efeito, impede o comprador de exigir a reparação ou substituição da coisa nos casos em que o vendedor desconhece sem culpa o defeito. Além disso, o vendedor não é, por via de regra, responsabilizado pelos vícios aparentes da coisa, ficando o comprador sujeito a um “excessivo ónus de verificação das qualidades e da idoneidade da coisa para o fim previsto”⁴.

Destarte, ao contrato de compra e venda de bens de consumo aplicam-se, para além dos regimes do CC e da LDC, o DL nº67/2003, que transpôs para o ordenamento jurídico português a Diretiva 1999/44/CE.

Na presente exposição, propomo-nos analisar quais os direitos dos consumidores em caso de desconformidade do bem. Debruçar-nos-emos, em particular, sobre a existência ou não de uma hierarquia entre esses direitos, procurando responder à

¹ DRAY (2002: 86).

² F. OLIVEIRA (2009: 21).

³ C. ALMEIDA (1982: 18); F. OLIVEIRA, (2009: 22).

⁴ LEITÃO (2005: 37 e 38).

seguinte questão: vendo-se confrontado com a desconformidade do bem, poderá o consumidor optar livremente por um dos direitos previstos no art. 4º do DL nº67/2003 ou, pelo contrário, encontram-se os mesmos estruturados de uma forma hierarquizada? Esta questão tem sido, entre nós, objeto de uma vasta discussão doutrinal e jurisprudencial, pelo que consideramos pertinente a sua análise.

Iniciaremos o nosso estudo com uma breve exposição do regime da compra e venda de bens defeituosos no CC, almejando compreender qual o regime tradicional que vigorava entre nós. As limitações inerentes ao presente trabalho não nos permitem um estudo completo e minucioso das soluções adotadas pelo CC; no entanto, achamos pertinente uma menção ao mesmo. Partiremos, depois, para uma análise da Diretiva 1999/44/CE, à qual se seguirá uma investigação mais aprofundada do diploma nacional que a transpôs: o DL nº67/2003, com especial enfoque nas problemáticas anteriormente mencionadas.

I. O regime da compra e venda de coisa defeituosa no Código Civil

1. Noção de defeito à luz do CC

O regime da venda de coisa defeituosa está previsto nos arts. 913º a 922º do CC e é aplicável quando o defeito é contemporâneo da conclusão do contrato de compra e venda.^{5 6}

O legislador, no art. 913º, traçou o âmbito deste instituto por referência a quatro categorias de defeitos: vício que desvalorize a coisa; vício que impeça a realização do fim a que ela é destinada; falta das qualidades asseguradas pelo vendedor; e falta das qualidades necessárias para a realização do fim a que a coisa se destina. Preceitua o nº2 da mesma norma que, na determinação do fim a que a coisa vendida se destina, deverá atender-se à “função normal das coisas da mesma categoria” quando o mesmo não resulte do contrato.

Desta enumeração ressalta, desde logo, o facto de o legislador ter equiparado, no seu tratamento, os vícios às faltas de qualidades da coisa⁷. Cremos ter sido esta uma decisão sensata por parte do legislador, na medida em que, desta forma, evita eventuais dúvidas que se possam suscitar a propósito da distinção entre os dois conceitos, bem como “soluções jurisprudenciais contraditórias e mesmo arbitrárias”⁸.

A parificação dos conceitos conduz-nos a uma noção ampla de defeito. De acordo com JOÃO CALVÃO DA SILVA⁹, “*diz-se defeituosa a coisa imprópria para o uso concreto a que é destinada contratualmente* – função comercial concreta programada

⁵ N. OLIVEIRA (2007: 300).

⁶ Quando o defeito é posterior à conclusão do contrato de compra e venda, serão aplicáveis as regras relativas ao não cumprimento das obrigações, de acordo com o art. 918º do CC.

⁷ Não foi esta a posição seguida pelo legislador italiano, por exemplo. Vejam-se, a este propósito, os artigos 1490º e 1497º do Código Civil italiano, onde as duas realidades são tratadas separadamente, o que tem, aliás, suscitado várias dúvidas na doutrina sobre o critério de distinção entre vício e falta de qualidade.

⁸ SILVA (2008: nº27). Para mais desenvolvimentos sobre o assunto, cfr. também: MONTEIRO e PINTO (1993: 262 e ss.); LEITÃO (2010: 124); LIMA e VARELA (2010: 205).

⁹ SILVA (2008: nº 28).

pelas partes – ou para a função normal das coisas da mesma categoria ou tipo se do contrato não resultar o fim a que se destina (art. 913º nº2)”.¹⁰

A aplicação do regime em análise depende, ainda, da existência de certas repercussões do defeito no programa contratual.¹¹ Como ensina MANUEL CARNEIRO DA FRADA¹², “não há tutela jurídica para as hipóteses em que o defeito é de tal modo insignificante que não desvaloriza a coisa ou não impede que a respetiva utilização alcance o fim a que é destinada pelo contrato”. Do mesmo modo, as disposições sobre a venda de bens defeituosos não são aplicáveis aos casos em que o vendedor presta uma coisa diversa daquela que foi objeto do contrato¹³. Nestes casos, prestou-se um *aliud pro alio*, o que desencadeia a aplicação do regime geral do incumprimento negocial¹⁴.

2. Os direitos do comprador

O art. 913º *in fine* determina que à venda de bens defeituosos aplicam-se, com as devidas adaptações, as disposições previstas para a venda de bens onerados¹⁵, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições do próprio regime.

Deste modo, o comprador goza do direito potestativo de requerer a anulação do contrato de compra e venda, nos termos do art. 905º, por força da remissão do art. 913º. O contrato é anulável por erro ou por dolo, desde que se verifiquem, no caso concreto, os requisitos legais da anulabilidade.¹⁶ Cumulativamente, tem o comprador direito a uma indemnização pelos danos decorrentes da conclusão do contrato (arts. 908º e 909º,

¹⁰ Vide, também, a definição proposta por JOÃO BAPTISTA MACHADO (1972: 6): “(...) se entendermos por vício ou defeito da coisa a falta das qualidades próprias das coisas do mesmo tipo que, de conformidade com um acordo expresso ou tácito, aquela coisa devia possuir.”

¹¹ LEITÃO, (2010: 125 e 126).

¹² FRADA (1989: 470 (15)).

¹³ Em sentido contrário, ver MARTINEZ (2001a: 135): “O regime do cumprimento defeituoso, estabelecido nos arts. 913º e ss. do Código Civil, vale tanto no caso de ser prestada a coisa devida, mas esta se apresentar com um defeito, como também para as hipóteses em que foi prestada coisa diversa da devida.”

¹⁴ Cfr. os arts. 790º e ss. do CC.

¹⁵ Arts. 905º e ss. do CC.

¹⁶ Para que o contrato seja anulável por erro, exige-se, nos termos dos arts. 247º e 251º do CC, que o erro tenha sido essencial, bem como a cognoscibilidade dessa essencialidade para o declaratório. Caso a anulabilidade seja fundada em dolo, há que provar que o mesmo foi determinante da vontade do declarante, como preceitua o art. 254º nº1 do CC, salvo se o dolo provier de terceiro (hipótese tratada no nº2 do mencionado artigo). Nesse caso, o contrato só será anulável se o destinatário tinha ou devia ter conhecimento da situação.

por remissão do art. 913º). Caso o vendedor tenha agido com dolo¹⁷, o comprador deve ser indenizado pelo interesse contratual negativo (ou seja, pelo prejuízo que não teria sofrido se a compra e venda não tivesse sido celebrada). Esta indemnização abrange quer os lucros emergentes quer os danos cessantes. Em alternativa, se o contrato foi anulado com fundamento em simples erro é aplicável o art. 909º: o comprador tem direito a uma indemnização limitada aos danos emergentes. Contudo, o art. 915º limita os termos em que esta indemnização pode ser requerida, na medida em determina que a mesma não é devida caso o vendedor ignorasse sem culpa o vício ou falta de qualidade da coisa, cabendo a este demonstrar esse desconhecimento.

O comprador dispõe, ainda, e de acordo com o art. 914º, do direito de exigir do vendedor a reparação ou a substituição da coisa defeituosa. No entanto, o art. estabelece uma “relação de subsidiariedade”¹⁸ entre os mencionados direitos, posto que o comprador só pode exigir a substituição da coisa se tal “for necessário” e a mesma tiver “natureza fungível”. Neste seguimento, entende PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁹ que, “em primeiro lugar, o vendedor está adstrito a eliminar o defeito da coisa e, não sendo possível, ou apresentando-se como demasiado onerosa a eliminação do defeito, a substituir a coisa vendida”. O comprador não pode exercer, no entanto, estes direitos caso o vendedor desconheça sem culpa o vício ou falta de qualidade de que a coisa padece. Recai sobre o vendedor uma presunção de culpa que pode, contudo, ser ilidida mediante prova em contrário (art. 350º nº2 do CC). Assim, para se eximir à obrigação prescrita pela lei, o vendedor deve alegar e provar o desconhecimento do vício ou defeito da coisa.²⁰ Esta isenção conferida ao vendedor pela lei, atendendo à desculpabilidade do seu erro, surge, nas palavras de JOÃO BAPTISTA MACHADO²¹, como uma “espécie de «contradireito», como uma «exceção destinada» a paralisar o direito que em princípio compete ao comprador”.

Defendemos, na esteira de outros autores, que esta opção tomada pelo legislador é questionável e mesmo infundada. Em primeiro lugar, como bem defende JOÃO CALVÃO DA SILVA²², em caso de prestação de coisa defeituosa, permanece a vontade do comprador em obter a prestação originária a que tem direito, nos termos do

¹⁷ Hipótese prevista no art. 908º do CC.

¹⁸ N. OLIVEIRA (2007: 309).

¹⁹ MARTINEZ (2001a: 141).

²⁰ MACHADO (1972: 90 e ss.); LIMA e VARELA (2010: 209).

²¹ MACHADO, (1972: 91 e 92).

²² SILVA (2008: nº 36.1).

acordo celebrado entre as partes. Portanto, enquanto o cumprimento ainda for possível, o vendedor continua adstrito a satisfazer o interesse primário do credor. Em segundo lugar, concordamos com MENEZES LEITÃO²³ quando o mesmo afirma que, hoje em dia, é muito fácil ao vendedor demonstrar o desconhecimento não culposo do defeito da coisa, tendo em conta a proliferação da produção de bens em série. Na maior parte dos casos, o vendedor é um mero intermediário entre o produtor e o comprador.²⁴ Esta exceção conferida pelo art. 914º *in fine* é, em nosso entender, o verdadeiro “calcanhar de Aquiles” do regime da compra e venda de coisa defeituosa no CC.

Caso o vendedor não cumpra a obrigação de reparar ou substituir a coisa, o comprador deve ser indenizado pela violação deste dever, de acordo com o art. 910º, aplicável por remissão do art. 913º.

Por fim, a lei confere ao comprador o direito de redução do preço, por remissão do art. 913º para as regras sobre a venda de bens onerados²⁵. A ação de redução do preço constitui uma alternativa à anulação do contrato, alternativa esta que é “imposta”²⁶ ao comprador sempre seja possível comprovar que a sua decisão de adquirir o bem não seria alterada se o mesmo soubesse de antemão do defeito; o comprador estaria, outrossim, disposto a pagar preço diferente pela coisa”

2.1. Prazos para o exercício dos direitos

Preceitua o art. 916º nº1 que “o comprador deve denunciar ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa, exceto se este houver usado de dolo”.

Impõe-se, desde logo, uma conclusão: só há necessidade de denúncia em caso de simples erro. Havendo dolo, aplica-se o art. 287º nº1 do CC, de acordo com o qual a anulabilidade pode ser arguida no prazo de um ano a contar do momento em que o comprador teve conhecimento do defeito, independentemente de denúncia. Contudo,

²³ LEITÃO (2010: 127).

²⁴ No mesmo seguimento, veja-se C. ALMEIDA (1982: 22): “(...) sacrifica-se a insatisfação do comprador (consumidor) à defesa dos interesses do produtor ou comerciante-vendedor; se se atender a que o vendedor dos produtos de consumo é, em regra, o comerciante-retalhista, que ignorará, eventualmente sem culpa, os defeitos das coisas que o produtor ou o grossista, por sua vez, lhe venderam, conclui-se que, nos casos mais comuns, se atinge um resultado de irresponsabilidade do vendedor de coisas defeituosas”.

²⁵ Cfr. o art. 911º do CC.

²⁶ LEITÃO (2010: 129).

nos casos em que o negócio não tenha, ainda, sido cumprido, a ação de anulação pode ser intentada sem dependência de prazo.²⁷

No caso de simples erro, o comprador vê recair sobre si o ónus de denunciar ao vendedor o defeito, no prazo de trinta dias a contar do seu conhecimento²⁸ e dentro de seis meses após a entrega da coisa²⁹. A lei não estabelece nenhuma formalidade especial para a denúncia, podendo a mesma ser efetuada por qualquer meio³⁰. O prazo estabelecido pelo artigo 916º n.º2 deve começar a contar a partir da entrega material da coisa, com “*recepção efetiva da coisa pelo comprador*”³¹. Tal conclusão pode ser extraída da leitura do art. 922º do CC³². Como bem esclarecem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “só a partir do contacto direto com a coisa o comprador poderá descobrir os seus defeitos”³³. Estes prazos são aplicáveis no caso de estarmos perante uma venda de coisa móvel. Relativamente às coisas imóveis, a denúncia deve ser feita até um ano depois de conhecido o defeito e dentro de cinco anos após a entrega da coisa (art. 916º n.º3).

No caso de o comprador não denunciar tempestivamente o defeito, ou hajam decorrido seis meses sobre a denúncia³⁴, verificar-se-á, de acordo com o art. 917º, a caducidade do direito de anulação. De notar que o preceito em análise apenas refere de forma expressa a ação de anulação. Assim sendo, será legítimo questionar se o mesmo poderá ser aplicável, por interpretação extensiva, às ações de reparação, substituição da coisa ou redução do preço. A doutrina³⁵ e jurisprudência³⁶ dominantes entendem que sim. De facto, cremos que não faria sentido que as restantes ações ficassem sujeitas ao prazo ordinário de prescrição de vinte anos³⁷, enquanto a ação de anulação ficaria

²⁷ Art. 287º n.º2 do CC.

²⁸ A propósito da expressão “conhecido o defeito”, esclarece CALVÃO DA SILVA que «*conhecer o defeito não é suspeitar do vício, mas ter a “certeza objetiva e completa do mesmo”*» (2008: n.º42.1).

²⁹ Art. 916º n.º2.

³⁰ LIMA e VARELA (2010: 212) e SILVA (2008: n.º42.1).

³¹ SILVA (2008: n.º 42.1).

³² Onde podemos ler que “Na venda de coisas que devam ser transportadas de um lugar para o outro, os prazos que os artigos 916º e 921º mandam contar a partir da entrega só começam a correr no dia em que o credor as receber”.

³³ LIMA E VARELA (2010: 217 e 218).

³⁴ Note-se que caberá ao comprador a prova de ter cumprido o ónus de denúncia. Vigora, assim, a este respeito, o princípio geral do art. 343º n.º 2 do CC, nos termos do qual “nas ações que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo ter já decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei.”

³⁵ SILVA (2008: n.º42.2); LIMA E VARELA (2010: 213); MONTEIRO e PINTO (1993: 266).

³⁶ Vide os Acs. do STJ de 9/3/2006 e de 6/7/2004; Ac. do TRC de 22/5/2007; Ac do TRP de 14/10/2003.

³⁷ Cfr. arts. 298º e ss. do CC.

sujeita a um prazo muito mais curto. Estamos, em qualquer caso, perante “*recursos contratuais por vícios da coisa*”³⁸, que permitem ao comprador obter resultados equivalentes, não se justificando prazos de caducidade tão díspares.

Certos autores entendem que os prazos estabelecidos nos artigos 916º e 917º são muito curtos em comparação com o que seria desejável para assegurar uma proteção adequada ao comprador.³⁹ Contudo, tendo em conta o interesse geral da segurança nas transações e da correlativa paz social, torna-se necessário que as perturbações na compra e venda por vícios da coisa sejam discutidas dentro de um período de tempo razoável após a conclusão do contrato. Só assim será possível evitar “*a pendência por um período dilatado de um estado de incerteza sobre o destino do contrato*”⁴⁰. Desta forma, protege-se, também, o vendedor não doloso. Nestes casos, seria demasiado pernicioso sujeitar o vendedor à contingência de ter de prestar contas pela coisa vendida para além de um certo período de tempo.

³⁸ SILVA (2008: nº42.2).

³⁹ *Vide*, v.g., MONTEIRO e PINTO (1993: 265).

⁴⁰ SILVA (2008: nº42.2).

II. A compra e venda de bens de consumo

1. A noção de consumidor

A noção de consumidor pode ser considerada como “a grande questão que agita o Direito do consumo”⁴¹. Isto porque não existe um conceito unitário de consumidor, tanto a nível nacional como internacional⁴². Determinar o seu alcance torna-se, no entanto, imperioso se tivermos em consideração o vasto número de diplomas que fazem referência ao vocábulo em análise.⁴³

Entre nós, a definição mais relevante de consumidor é a que consta do art. 2º nº1 da LDC, onde podemos ler o seguinte:⁴⁴

Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça, com carácter profissional, uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

Esta noção é, geralmente, utilizada como referência no nosso direito, nomeadamente por via de reprodução⁴⁵, como acontece no DL nº67/2003. Este diploma, no seu art. 1º-B a), reproduz a definição de consumidor constante do art. 2º nº1 da LDC, pelo que, tendo em conta o objetivo do presente trabalho, se torna necessária a análise deste preceito.

O conceito de consumidor pressupõe a verificação de quatro elementos: subjetivo, objetivo, teleológico e relacional⁴⁶.

⁴¹ F. OLIVEIRA (2009: 51)

⁴² Na Europa, a primeira definição de consumidor terá surgido com a célebre Carta de Proteção do Consumidor (17 de Maio de 1973): “pessoa física ou coletiva, a quem são fornecidos bens e prestados serviços, para uso privado”.

⁴³ Veja-se, v.g., o DL nº133/2009, de 2 de junho, relativo aos contratos de crédito ao consumo (nomeadamente, o seu art. 4º nº1 a)), bem como o DL n.º 29/2006 de 15 de fevereiro (art. 3º l)). Também a CRP utiliza a expressão “consumidores”, nomeadamente nos seus arts. 99º e) e 60º. No entanto, não define o que se deverá entender por consumidor. A propósito da noção de consumidor à luz da CRP, cfr. CANOTILHO E MOREIRA (2007: 780).

⁴⁴ Note-se que antes da Lei nº29/81, de 22 de Agosto não havia, no nosso, direito um conceito legal de consumidor.

⁴⁵ CARVALHO (2016: 17)

⁴⁶ C. ALMEIDA (1982: 208 e ss.); CARVALHO (2016: 18 e ss.); F. OLIVEIRA (2009: 59). *Vide*, também, o acórdão do TRP de 8/5/2014, que faz referência a estes quatro elementos.

O elemento subjetivo obtém-se por referência ao vocábulo “todo aquele”. A expressão utilizada pelo legislador suscita, desde logo, uma pertinente questão: o consumidor terá, necessariamente, de ser uma pessoa singular ou, pelo contrário, poderá ser uma pessoa coletiva?

Ora, como acertadamente sustenta PAULO DUARTE⁴⁷, o art. 2º nº1 da LDC “emprega uma expressão de grande abertura semântica”, pelo que, parte da doutrina⁴⁸, entende que podem incluir-se no conceito certos atos praticados por entidades empresariais, nomeadamente pelas pequenas empresas e profissionais liberais. Estes autores consideram que o legislador não tomou, deliberadamente, uma posição sobre o problema em análise, deixando ao cuidado da doutrina e da jurisprudência a resolução da questão de acordo com o caso concreto. Além deste argumento, os defensores de uma extensão do conceito aduzem um outro, apelando à equidade e à não discriminação das empresas ou dos profissionais “que se encontrem perante a contraparte na mesma situação de debilidade, em situação de desequilíbrio gerada por insuficiência de informação e fraco poder negocial”⁴⁹.

Outros autores⁵⁰, no entanto, rejeitam que as pessoas coletivas possam ser consideradas consumidores. Entendem os defensores desta posição que os profissionais nunca poderão estar numa situação equiparável aos não profissionais. Além disso, chamam a atenção para a possibilidade de banalização do conceito de consumidor, que teria um efeito contrário ao pretendido com a previsão de normas específicas para os consumidores, tornando a sua proteção menos eficiente⁵¹.

Por nossa parte, entendemos que, na maioria dos casos, as pessoas coletivas não são suscetíveis de integrarem o conceito de consumidor. Na verdade, elas encontram-se, habitualmente, numa situação de igualdade de poder em relação ao profissional, fruto dos conhecimentos técnicos e da experiência que possuem. No entanto, não rejeitamos liminarmente a sua exclusão do conceito de consumidor. Existem casos, embora pontuais, nos quais essa paridade não se verifica, pelo que há que proceder a uma

⁴⁷ DUARTE (1999: 661).

⁴⁸ DUARTE (1999: 661 a 665); F. OLIVEIRA (2009: 72 a 85); C. ALMEIDA (1982: 222); PINTO (2000: 214).

⁴⁹ C. ALMEIDA (2005: 48).

⁵⁰ T. ALMEIDA (1997: 9); SILVA (2008: nº51.2); GOMES, (2005: 16); MONTEIRO, (2003: 134).

⁵¹ SILVA (2008: nº62.2): “alargar mais e desmesuradamente a noção de consumidor (...), corresponderia a estender este novo direito em construção para fora das suas fronteiras naturais, com perda da sua unidade, da sua coerência interna e da sua especificidade, na gula de procurar equivaler-se no Direito Civil, e fazer lembrar a rã que quis ser boi”.

análise justa e ponderada do caso concreto que permitirá apurar se, atentas as circunstâncias, a pessoa coletiva se apresenta na mesma posição de fragilidade de uma pessoa singular⁵².

Quanto ao elemento objetivo⁵³ (“a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos”), podemos concluir que o mesmo é bastante abrangente, abarcando “qualquer relação contratual estabelecida pelas partes”.⁵⁴

A expressão “destinados a uso não profissional”⁵⁵ constitui, por sua vez, o elemento teleológico. Relativamente a este elemento, poderão surgir algumas questões. A primeira é a de saber se estaremos perante um consumidor quando o bem foi fornecido, cumulativamente, para uso profissional e não profissional (é o chamado bem destinado a uso misto). A maioria da doutrina⁵⁶ concorda que há que atender ao critério do uso/destinação predominante, mesmo que este não corresponda ao seu uso normal. Significa isto que, se o bem for utilizado maioritariamente para fins não profissionais, estaremos perante uma relação de consumo.

Perante este cenário, torna-se ainda pertinente apurar qual o parâmetro que deverá ser utilizado para determinar a finalidade do uso. De acordo com JORGE MORAIS CARVALHO⁵⁷, poderão colocar-se três hipóteses para atender ao momento relevante para essa determinação: celebração do contrato; entrega do bem ou prestação de serviço; utilização do bem ou serviço. Ora, uma vez mais, parece haver consenso no sentido de que a finalidade resulta do conteúdo do contrato⁵⁸ e das circunstâncias contemporâneas da formação do mesmo, cabendo o ónus da prova, em princípio, ao profissional. Não é,

⁵² Não obstante, há que atender ao facto de este não ser o único elemento do conceito de consumidor a preencher. Uma pessoa coletiva poderá preencher o elemento subjetivo mas, na maior parte dos casos, não poderá ser considerada consumidor por não preencher outros elementos, nomeadamente o teleológico. Imaginemos um comerciante de eletrodomésticos que adquire um tapete para a sua loja. Atendendo ao caso em concreto, o elemento subjetivo estaria preenchido. No entanto, o tapete seria destinado a uso profissional, pelo que ficaria por preencher o elemento teleológico.

⁵³ O tema será objeto de um posterior desenvolvimento o ponto 3.1 (capítulo II) deste trabalho.

⁵⁴ CARVALHO (2016: 19). Para mais desenvolvimentos sobre a contraposição entre bens e serviços, *vide* DUARTE (1999: 672 e ss.).

⁵⁵ Refira-se, a propósito, que a anterior LDC (Lei nº29/81, de 22 de agosto) utilizava uma formulação diferente: “destinados ao seu uso privado”. Na verdade, comparando a expressão anteriormente utilizada com aquela que o art. 2º da LDC emprega atualmente, podemos concluir que, apesar das diferenças não serem muito significativas, verifica-se uma extensão do campo de aplicação da lei. No que concerne a este ponto, *vide* DUARTE (1999: 674 e ss.).

⁵⁶ CARVALHO (2016: 21); DUARTE (1999: 678 a 680); F. OLIVEIRA (2009: 88 e ss); SILVA (2008: nº52.3).

⁵⁷ CARVALHO (2016: 21 e 22).

⁵⁸ Por via duma interpretação hermenêutica, nos termos do art. 236º do CC.

assim, de relevar a efetiva utilização que venha a ser dada, posteriormente, ao bem em causa.

Por fim, há que atender ao elemento relacional, que impõe que a contraparte do consumidor seja uma “pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. De acordo com PAULO DUARTE⁵⁹, “por atividade económica deve entender-se toda e qualquer produção de bens (tanto coisas como serviços) que sejam oferecidos, por quem os produz, contra retribuição”.

2. A Diretiva 1999/44/CE

Data já da década de 70 a preocupação das instituições comunitárias com a proteção do consumidor relativamente às garantias na compra e venda de bens de consumo⁶⁰. Na sequência da discussão gerada em torno do Livro verde sobre as garantias de bens de consumo e os serviços pós-venda, apresentado em 1993 pela CE, foi aprovada, a 25 de maio de 1999, a Diretiva 1999/44/CE do PE e do Conselho relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Apesar de ter sido fixado como prazo limite para a sua transposição o dia 1 de janeiro de 2002, alguns E-M transpuseram-na mais tarde⁶¹.⁶²

A importância da Diretiva não pode ser negada. De acordo com PAULO MOTA PINTO⁶³, a mesma “(...) constitui a mais importante incursão imperativa das instâncias comunitárias, até à data, no direito contratual interno dos Estados-membros, e representa um importante impulso para a harmonização do direito civil dos países da União”.

O objetivo primordial do legislador comunitário foi facilitar a livre circulação de mercadorias, bem como eliminar as disparidades nas legislações dos E-M e garantir aos consumidores um “nível mínimo de proteção, tanto nas transações internas como nas

⁵⁹ DUARTE (1999: 667).

⁶⁰ PINTO (2000: 198).

⁶¹ Este foi, aliás, o caso de Portugal, que apenas transpôs a Diretiva no dia 8 de abril de 2003, através do DL n°67/2003.

⁶² Para maiores desenvolvimentos acerca dos antecedentes históricos da Diretiva, *vide*, v.g., LIZ (2010).

⁶³ PINTO (2000: 201).

internacionais”⁶⁴, criando um “corpo mínimo comum de direito do consumo, válido independentemente do local de aquisição dos bens na Comunidade”⁶⁵.

Não obstante a relevância do objetivo prosseguido, há que notar que esta se trata de uma diretiva⁶⁶ de harmonização mínima, podendo os E-M adotar ou manter “disposições mais estritas, compatíveis com o Tratado, com o objectivo de garantir um nível mais elevado de protecção do consumidor”⁶⁷.

Definida a necessidade de uma intervenção legislativa, tendo em conta o facto de a nossa ordem jurídica não corresponder, à data, a todas as exigências da Diretiva⁶⁸, tornou-se necessário definir em que termos a mesma deveria ser transposta para o ordenamento jurídico nacional. Neste contexto, duas modalidades de transposição se afiguraram, na altura, possíveis. A primeira consistia numa transposição da Diretiva *qua tale*, ou seja, numa lei avulsa limitada à venda de bens de consumo, que vigorasse a par da lei civil. Esta era a chamada “solução pequena”, que não implicaria nenhuma alteração nos regimes da compra e venda e da empreitada no CC, pelo que seria, à partida, a solução mais simples. No entanto, a opção por esta modalidade de transposição ignoraria os problemas de sobreposição e concorrência de regimes nos vários ordenamentos jurídicos⁶⁹.

Apesar da aparente simplicidade desta solução, a maioria da doutrina⁷⁰ propugnava a adoção da designada “solução grande”, harmonizando a disciplina da Diretiva com o *corpus iuris* vigente. Tal implicaria, naturalmente, alterações ao CC e à LDC. Não obstante a clara preferência por esta segunda modalidade, o legislador optou pela “solução pequena”⁷¹, o que gerou algumas críticas na doutrina.⁷²

⁶⁴ BAUERMANN (2007: 231).

⁶⁵ Cfr. considerandos 1 a 7 da Diretiva.

⁶⁶ Na medida em que estamos perante uma Diretiva, há que atender ao art. 249º do Tratado da Comunidade Europeia, nos termos do qual esta “vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.”

⁶⁷ Art. 8º nº2 da Diretiva.

⁶⁸ PINTO (2001a: 168 e ss.).

⁶⁹ HONDIUS e JELOSCHEK, (2001: 157 a 161).

⁷⁰ PINTO (2001b: 201 e ss.); C. ALMEIDA (2001); MONTEIRO (2003: 13); SILVA (2010: 33 e ss.).

⁷¹ A solução minimalista foi também a seguida pelo legislador espanhol. Pelo contrário, na Alemanha, na Itália, na Áustria e na França, v.g., a transposição da Diretiva foi aproveitada como uma oportunidade para se proceder a uma reformulação dos regimes da compra e venda e do contrato de empreitada. Para mais desenvolvimentos sobre a transposição da Diretiva noutros ordenamentos jurídicos, *vide*, a título exemplificativo: CANARIS (2001: 49 a 67); FRANK (2000: 159 a 179); PINNA, (2001: 223 a 237); e SCOTTON (2001).

2.1. Âmbito subjetivo de aplicação

A Diretiva define, no seu art. 1º nº 2 a), consumidor como “qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional”. Optou, assim, o diploma por adotar uma noção estrita de consumidor, excluindo do seu âmbito de aplicação as pessoas coletivas bem como os profissionais, ainda que os mesmos atuem fora do domínio da sua atividade profissional.

Por sua vez, a definição de vendedor consta da alínea c) do nº2 do art. 1º. Este será “qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional”.

2.2. Âmbito objetivo de aplicação

Quanto a este ponto, há que referir, em primeiro lugar, que a Diretiva apenas abrange os negócios sobre bens de consumo. O conceito é delimitado pelo art. 1º nº2 b), que considera bem de consumo “qualquer bem móvel corpóreo”. Excluem-se, contudo, os bens vendidos por via de penhora, ou por qualquer outra forma de execução judicial, bem como a água e o gás, quando não forem postos à venda em volume delimitado, ou em quantidade determinada e a eletricidade. Excluídos encontram-se, igualmente, os bens imóveis. Pelo contrário, o diploma em análise abrange tanto os bens novos como os bens em segunda mão⁷³.

Relativamente aos contratos abrangidos, refira-se que a Diretiva se aplica aos contratos de compra e venda, bem como aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir⁷⁴. Na esteira da maioria dos autores⁷⁵, cremos que se deverão incluir nesta extensão os contratos de empreitada de bens de consumo, não só pelas referências, quer diretas quer indiretas, que são feitas a este tipo contratual ao longo do texto da Diretiva, como pelo facto da distinção entre os dois contratos suscitar,

⁷² GOMES (2005: 14); C. ALMEIDA (2005: 167 e ss.).

⁷³ Note-se, contudo, que relativamente a estes bens, a Diretiva estatui uma especificidade. Assim, de acordo com o art. 1º nº 3, os “Estados-Membros podem prever que a definição de «bem de consumo» não abranja os bens em segunda mão adquiridos em leilão, quando os consumidores tenham oportunidade de assistir pessoalmente à venda.” Para mais desenvolvimentos sobre este tópico, *vide* PRATA (2001).

⁷⁴ Art. 1º nº4.

⁷⁵ PINTO (2000: 219 a 221) e MARTINEZ (2005: 13).

muito frequentemente, algumas dificuldades⁷⁶. Também no nº5 do art. 2º se estende a aplicação do diploma comunitário à prestação de serviços de instalação de bens efetuada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade.

2.3. A obrigação de conformidade com o contrato

Assumidamente inspirado na Convenção de Viena de 1980⁷⁷, o nº1 do art. 2º da Diretiva dispõe que “o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”. Consagrou-se, assim, o princípio de conformidade com o contrato, na medida em que se entendeu que as principais dificuldades encontradas pelos consumidores e a principal fonte de conflitos com os vendedores se referiam à não conformidade dos bens com o contrato⁷⁸.

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA define conformidade como uma “relação deôntica entre duas entidades, a relação que se estabelece entre algo como é e algo como deve ser”⁷⁹.

A falta de conformidade é uma noção “ampla e unitária de não cumprimento”, mais abrangente do que as noções de defeito, vício ou falta de qualidade, utilizadas no nosso CC⁸⁰. Neste sentido, para além dos casos de falta de qualidade, estão abrangidas pelo conceito as situações em que é entregue uma quantidade inferior à acordada ou mesmo um bem diverso do convencionado (*aliud pro alio*)⁸¹. Entendemos que, tendo em conta a sua amplitude, o conceito abarca, ainda, a venda de bens onerados, uma vez que a definição de reparação que consta do art. 1º nº1 f) “parece adequada a abranger a expurgação dos ónus ou encargos a que se refere o art. 907º” do CC⁸².

⁷⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre a distinção entre o contrato de compra e venda e o contrato de empreitada, *vide* VIALONGA (1997: 183 a 227).

⁷⁷ Cfr. o art. 35º da Convenção da ONU sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

⁷⁸ Considerando 6.

⁷⁹ C. ALMEIDA (2005:159).

⁸⁰ PINTO (2000: 222).

⁸¹ Neste sentido, C. ALMEIDA (2005: 159 e ss.) e (2001: 113); PINTO (2000: 233); GOMES (2005: 19); LEITÃO (2005: 44); SILVA (2010: 97). Contra a inclusão da entrega de um bem diverso do acordado na falta de conformidade, *vide*, v.g., TENREIRO (2000: 197).

⁸² LEITÃO (2005: 45). Neste sentido, *vide*, ainda, GOMES (2005: 19); CARVALHO (2016: 199). Em sentido diverso, MOTA PINTO entende que a venda de bens onerados, apesar de caber num conceito amplo de conformidade, não se encontra abrangida pela Diretiva (2000: 233 e 234).

A responsabilidade do vendedor não está, desta forma, baseada na culpa, assentando antes num pressuposto objetivo, de acordo com o qual as qualidades asseguradas pelo vendedor integram o conteúdo do contrato.⁸³

De modo a facilitar a aplicação do princípio de conformidade com o contrato⁸⁴, a Diretiva introduziu, no nº2 do art. 2º, presunções ilidíveis de conformidade.

Os factos elencados no art. são de aplicação cumulativa⁸⁵, pelo que, coexistindo todas as circunstâncias descritas, presumir-se-á a conformidade do bem. Como bem nota JOÃO CALVÃO DA SILVA, estes critérios são “consonantes com os do nosso direito positivo”⁸⁶.

2.4. Os direitos do comprador em caso de desconformidade

Caso o bem entregue não seja conforme ao contrato, de acordo com os critérios mencionados no ponto anterior, o art. 3º nº 2 da Diretiva reconhece ao comprador quatro remédios: o direito à reparação ou à substituição do bem, à redução do preço e à rescisão do contrato, independentemente de culpa do vendedor.

Um olhar atento sobre a LDC, bem como sobre o regime do CC, permite-nos concluir que os direitos conferidos pela Diretiva não foram revolucionários para o ordenamento jurídico português⁸⁷. De facto, já o art. 12º nº 1 da LDC, na versão anterior à entrada em vigor do DL nº 67/2003, reconhecia ao comprador esses mesmos direitos.⁸⁸ Do mesmo modo, o regime do CC, já analisado supra, permitia ao comprador requerer a anulação do contrato, bem como pedir a substituição do bem, a sua reparação ou a redução do preço⁸⁹.

⁸³ BAUERMANN (2007: 240 e 241).

⁸⁴ Considerando 8.

⁸⁵ Considerando 8.

⁸⁶ SILVA (2008: nº66.2). Cfr. arts. 913º e 919º do CC.

⁸⁷ SILVA (2008: nº71.2).

⁸⁸ O artigo mencionado tinha a seguinte redação: “o consumidor a quem seja fornecida a coisa com defeito, salvo se dele tivesse sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato, pode exigir, independentemente de culpa do fornecedor do bem, a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato”.

⁸⁹ Arts. 913º e 914º do CC.

2.4.1. Prazos

A Diretiva apenas optou por impor um prazo de garantia, no n° 1 do art. 5°, de acordo com o qual “o vendedor é responsável, nos termos do artigo 3°, quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois anos a contar da entrega do bem”. Este prazo corresponde ao “lapso de tempo durante o qual a manifestação de um defeito faz surgir na esfera jurídica do comprador os direitos que lhe são reconhecidos”⁹⁰.

Quanto ao prazo de denúncia, o diploma não impõe a sua existência; ao invés, admite apenas a sua consagração pelos E-M, devendo o comprador, de acordo com o n° 2 do art. 5°, informar o vendedor da falta de conformidade num prazo de dois meses a contar da data em que esta tenha sido detetada.

A Diretiva reconhece, ainda, a possibilidade de os E-M preverem um prazo de caducidade da ação, que corresponde ao período de tempo dentro do qual os direitos do consumidor devem ser exercidos. Nesse sentido, estatui o art. 5° n° 1 *in fine* que o mesmo não poderá ser inferior a dois anos a contar da data da entrega do bem.⁹¹

3. O DL n° 67/2003

Contrariando as soluções avançadas pela maioria da doutrina, o legislador nacional optou por transpor a Diretiva através de legislação especial de proteção do consumidor. Neste contexto, surgiu o DL n°67/2003, de 8 de abril⁹², que estabeleceu uma garantia

⁹⁰ PINTO (2001a: 215).

⁹¹ Relativamente à questão dos prazos, não se poderá constatar a mesma concordância entre a Diretiva e o direito português vigente à data. De facto, os prazos estabelecidos, tanto na LDC como no CC eram mais curtos. A LDC previa, na redação original do art. 4°, um prazo de garantia de um ano para os bens móveis e de cinco anos para os bens imóveis (anteriores n°s 2 e 3). Já o art. 12°, na sua primária redação, instituiu um prazo de denúncia de trinta dias, caso se tratasse de um bem móvel, ou de um ano, na hipótese de bem imóvel (n°2). O prazo de caducidade previsto era de seis meses (n°3).

⁹² Clarifique-se que o presente DL sofreu alterações com a entrada em vigor do DL n° 84/2008, de 21/5, pelo que o nosso estudo reflete e tem em consideração as mesmas.

contratual em relação aos bens de consumo, concretizando, deste modo, um direito à qualidade dos bens, já consagrado no art. 4º da LDC⁹³.

3.1. Âmbito de aplicação

Desde já, cumpre referir a preocupação do legislador em não reduzir o âmbito de proteção já conferido ao consumidor pelo regime jurídico português. Daí que o DL nº67/2003 tenha um âmbito de aplicação mais amplo do que o da Diretiva.

O âmbito de aplicação material da garantia contratual sobre bens de consumo é recortado pelo art. 1º-A, segundo o qual o diploma se aplica aos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores e, ainda, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo. É de realçar o facto de o legislador nacional ter feito uma referência direta ao contrato de locação de bens de consumo, ao contrário do que acontece no art. 1º nº4 da Diretiva, onde este tipo contratual não é incluído. É também feita uma menção expressa ao contrato de empreitada, contrariamente ao texto comunitário, apesar de defendermos já que o mesmo se deverá incluir no âmbito objetivo de aplicação do diploma⁹⁴.

A noção de “bens de consumo” é-nos dada pela alínea b) art. 1º-B, de acordo com a qual este poderá ser qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão. O DL apresenta, assim, mais uma importante inovação em face do texto comunitário, uma vez que o mesmo exclui expressamente a sua aplicação relativamente aos bens imóveis⁹⁵. O diploma abrange, ainda, os bens objeto de venda judicial, o fornecimento continuado de água, gás e eletricidade, bem como os bens e consumo em segunda mão adquiridos em leilão⁹⁶. Contrariamente, ficarão fora do âmbito de

⁹³ Preceitua o mencionado art.: “Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.”

⁹⁴ Vide ponto 2.2 (capítulo II) do presente trabalho.

⁹⁵ De acordo com JORGE MORAIS CARVALHO, poderá colocar-se a questão da aplicação do regime no que respeita aos “programas de computador, músicas e outros produtos de *software* transferidos eletronicamente ao consumidor”. O autor conclui que se tem entendido que o regime será aplicável, independentemente da existência de suporte físico ou não. (2016: 193).

⁹⁶ A Diretiva previa, no seu art. 1º nº3, a possibilidade de os E-M excluírem estes últimos da garantia contratual. O legislador português, porém, não utilizou essa faculdade.

aplicação os contratos de mera reparação ou conservação de bens que o consumidor já possui.

A fim de delimitarmos o âmbito subjetivo de aplicação do diploma que regula a venda de bens de consumo, cumpre analisar os sujeitos da relação contratual. Desta sorte, de um lado temos, necessariamente, um consumidor. Nos termos da alínea a) do art. 1º-B, este corresponde ao sujeito “a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei nº24/96, de 31 de Julho”. Deste modo, a lei adotou, exatamente nos mesmos termos, o conceito de consumidor constante do art. 2º nº1 da LDC⁹⁷. Contudo, esta noção não coincide totalmente com a da Diretiva, que restringe o conceito às pessoas singulares. Daí que certos autores⁹⁸ propugnem um conceito mais restrito, em prol duma interpretação conforme à Diretiva.

Por nossa parte, pensamos que, se o legislador nacional quisesse restringir o âmbito de aplicação do DL nº67/2003 às pessoas singulares, teria efetuado uma transposição literal da alínea a) do nº2 do art. 1º. Pelo contrário, optou por adotar o conceito já utilizado no ordenamento jurídico português, reproduzindo o art. 2º nº1 da LDC. Por isso, tal como defendemos já neste trabalho⁹⁹, entendemos que, à partida, o conceito de consumidor abarca apenas as pessoas singulares. Não obstante, há que proceder sempre a uma análise concreta e casuística da situação, de modo a apurar se a mesma justifica que seja conferida à pessoa coletiva um maior nível de proteção, em virtude desta se encontrar numa posição de fragilidade perante o profissional.

O nº6 do art. 4º estabelece que os direitos atribuídos pelo diploma ao consumidor transmitem-se ao terceiro adquirente do bem. No entanto, há que efetuar uma interpretação mais restrita desta norma, no sentido dos direitos se transmitirem ao terceiro apenas quando, também ele, possa ser considerado consumidor, sob pena de se obter um resultado que colida com o espírito da lei¹⁰⁰. Cremos que não faria qualquer sentido que um não consumidor que adquire posteriormente o bem pudesse invocar

⁹⁷ A primeira versão do DL nº67/2003 (anterior às alterações introduzidas pelo DL n.º 84/2008, de 21/05) não definia “consumidor”. No entanto, no art. 1º nº1, o legislador já procedia a uma remissão expressa para o art. 2º nº1 da LDC.

⁹⁸ GOMES (2005: 16); SILVA (2010: 70)

⁹⁹ Cfr. ponto 1 (capítulo II) do presente trabalho.

¹⁰⁰ CARVALHO (2016: 198)

qualquer direito, quando o objetivo primordial do diploma é proteger, precisamente, o consumidor. Uma interpretação mais abrangente do artigo, poderia levar à celebração de vendas fictícias, para obviar aos resultados pretendidos pela lei, conseguindo o não consumidor invocar direitos que, à partida, lhe estariam vedados, caso fosse o adquirente primário do bem.

A contraparte do consumidor tem de ser um profissional, ou seja, uma “pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. O conceito abrange, obviamente, o vendedor, definido na alínea c) do art. 1º-B como “qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional”. Este conceito é coincidente com o adotado pela Diretiva¹⁰¹.

Fora do âmbito de aplicação do diploma ficam, assim, três tipos de contratos: os contratos celebrados entre profissionais; os contratos celebrados entre não profissionais; e os contratos de consumo invertidos, ou seja, aqueles em quem um consumidor vende um bem a um profissional¹⁰².

3.2. Conformidade com o contrato

Preceitua o art. 2º nº1 do DL que “o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”. O disposto reproduz, nos exatos termos, o art. 2º nº1 da Diretiva, que consagra o princípio da conformidade com o contrato, “conceito-chave nas normas de transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais”.¹⁰³

A introdução do conceito em análise foi, de um modo geral, aplaudida pela doutrina¹⁰⁴, sobretudo pelo facto de, como referimos supra¹⁰⁵, o mesmo ser

¹⁰¹ Crf. alínea c) do nº2 do art. 1º.

¹⁰² LEITÃO (2005: 41). *Vide*, v.g., o Ac. do TRL de 5/4/2011.

¹⁰³ BAUERMANN (2007: 241).

¹⁰⁴ *Vide*, v.g., GOMES (2005: 18), que qualifica o conceito de conformidade como o “motor do novo regime”. Em sentido contrário, CALVÃO DA SILVA entende que a introdução do princípio da conformidade era dispensável, na medida em que o mesmo não se apresenta revolucionário ou inovador em face do direito nacional. O autor considera que tal obrigação resulta do princípio da pontualidade e já se encontrava canonizado no nosso direito, nomeadamente nas regras da empreitada e da compra e venda no CC (especialmente nos arts. 1207º e 1043º nº1) e na LDC. (2010: 81).

¹⁰⁵ *Vide* ponto 2.3 (capítulo II) da presente exposição.

consideravelmente mais abrangente do que a noção de defeito adotada pelo CC, que pressupõe uma apreciação negativa.

De acordo com MENEZES LEITÃO¹⁰⁶, a imposição ao vendedor desta garantia de conformidade introduziu uma importante alteração no regime da compra e venda de bens de consumo, afastando a tradicional solução do *caveat emptor*, que obriga o comprador a assegurar-se, no momento da celebração do contrato, que o bem adquirido está livre de defeitos e é idóneo para o fim a que se destina¹⁰⁷. A averiguação, passa, assim, a ser imposta ao vendedor, a quem cabe o ónus da prova de ter cumprido tal obrigação.

Contrariamente à Diretiva, que estabelece, no seu art. 2º nº2, presunções ilidíveis de conformidade, o legislador nacional adotou uma técnica diferente, instituindo uma presunção de não conformidade¹⁰⁸. Os critérios são, destarte, apresentados de forma negativa. Neste sentido, o art. 2º nº2 da lei determina que se presume que os bens de consumo não são conformes com o contrato se se verificar algum dos factos elencados no art.

Ao invés da Diretiva, os critérios não são de aplicação cumulativa, o que significa que bastará que se verifique algum dos factos elencados para que se presuma a não conformidade.

Caberá ao comprador provar a falta de conformidade do bem com o contrato, com o auxílio das presunções estabelecidas no art. sob análise.

3.2.1. Momento relevante para a determinação da não conformidade

De acordo com o art. 3º nº1 do DL nº 67/2003, “o vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue”. A leitura do preceito permite-nos concluir que o momento relevante para apurar se o bem é ou não conforme com o contrato é o da sua entrega ao

¹⁰⁶ LEITÃO (2005: 45).

¹⁰⁷ A solução adotada passa, deste modo, a ser a oposta: o *caveat venditor*.

¹⁰⁸ MENEZES LEITÃO considera esta opção contestável, “na medida em que não se vê como se pode presumir uma situação em resultado de um facto negativo, quando cabe por conta do vendedor o ónus de prova de ter cumprido a obrigação de entrega dos bens em conformidade com o contrato”.

consumidor. Optou, deste modo, o legislador português por reproduzir fielmente o nº1 do art. 3º da Diretiva.

Aquando da transposição do diploma, a disposição em análise suscitou na doutrina uma pertinente querela relativamente à questão da transferência do risco, na medida em que a mesma poderia consubstanciar uma exceção relativamente ao regime do CC. De facto, de acordo com o art. 796º nº1 do CC, o risco passa a correr por conta do adquirente após a celebração do contrato¹⁰⁹. Não obstante o considerando 14 da Diretiva salvaguardar que as referências à data de entrega não implicariam que os E-M alterassem as suas normas sobre a transferência do risco, a maioria da doutrina¹¹⁰ pronunciou-se no sentido de que, na venda de bens de consumo, se deveria aplicar um regime especial a esta matéria.

Apesar de relevante, a questão encontra-se atualmente ultrapassada com a introdução do art. 9º-C na LDC¹¹¹, nos termos do qual “nos contratos em que o fornecedor envia os bens para o consumidor, o risco de perda ou dano dos bens transfere-se para o consumidor quando este ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquira a posse física dos bens”. Estatuiu-se, efetivamente, um regime especial de distribuição do risco nos contratos de venda de bens de consumo, correndo o risco de perecimento ou deterioração do bem antes da sua entrega por conta do vendedor. Assim, o risco apenas se transfere para o consumidor no momento da entrega¹¹².

3.3. Os direitos dos consumidores

Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o art. 4º do DL nº 67/2003 estabelece que o consumidor tem direito a que esta seja repostada sem encargos, reconhecendo-lhe expressamente quatro direitos: a reparação da coisa, a sua substituição, a redução adequada do preço e a resolução do contrato.¹¹³

¹⁰⁹ O mesmo corresponde ao princípio *res perit domino*.

¹¹⁰ (2001: 207 e ss.); MONTEIRO (2003: 135); GOMES (2005: 25 e ss.); CARVALHO (2016: 229). Em sentido contrário, ou seja, entendendo que não existe qualquer contradição entre o considerando 14 e o art. 3º nº1 da Diretiva e do DL, por se reportarem a problemas diferentes, cfr. SILVA (2010: 99 e ss.).

¹¹¹ Aditado pela Lei nº 47/2014, de 28/07.

¹¹² CARVALHO (2016: 230).

¹¹³ O preceito corresponde ao art. 3º nº2 da Diretiva.

Estes remédios já eram reconhecidos pela Convenção de Viena¹¹⁴ e nalguns E-M¹¹⁵. De facto, um olhar atento sobre o regime português no que ao tema diz respeito permite-nos concluir que os direitos enunciados já estavam consagrados entre nós, nomeadamente no art. 914º do CC e na versão anterior do art. 12º da LDC¹¹⁶. Esta constatação conduz a que certos autores considerem que, neste aspeto, a Diretiva não poderá ser considerada revolucionária para a ordem jurídica portuguesa¹¹⁷. Não obstante, em parte, a veracidade da conclusão, há que atender ao facto de o consumidor poder lançar mão destes direitos independentemente de culpa do vendedor, contrariamente ao regime estabelecido no art. 914º CC, que afasta os direitos à reparação ou à substituição do bem caso o vendedor desconheça sem culpa o vício ou falta de qualidade de que o mesmo padece. Desta sorte, consagrou-se, no âmbito dos contratos de consumo, uma responsabilidade objetiva do vendedor.

a) Reparação e substituição do bem

Confrontado com a falta de conformidade do bem, pode o comprador exigir que a mesma seja repostada tanto pela via da reparação como da substituição. Estas são, por via de regra, as soluções que satisfazem ambas as partes, com a vantagem de não agravarem “desmesurada e desnecessariamente a posição do vendedor”.¹¹⁸

No que à substituição diz respeito, cumpre esclarecer que a mesma implica que o comprador devolva o bem ao vendedor e que este lhe entregue um novo bem, conforme com o contrato¹¹⁹. Estamos, assim, perante duas obrigações sinalagmáticas, o que significa que o vendedor pode recusar-se a entregar o novo bem se o comprador não devolver o bem desconforme ou não permitir que o vendedor proceda à sua recolha¹²⁰.

Tanto a Diretiva como a lei nacional que a transpôs não impõem especificidades relativamente à natureza do bem, pelo que o comprador pode exigir a substituição do

¹¹⁴ Nomeadamente, nos artigos 46º a 52º do referido diploma.

¹¹⁵ PINTO (2000: 253) e SILVA (2010: 104 e 105). Tal conclusão não se pode extrair, contudo, relativamente a todos os E-M. Na Alemanha, em França e na Itália, por exemplo, tais direitos não se encontravam consagrados.

¹¹⁶ 1ª versão: Lei nº 24/96, de 31/07, anterior às alterações introduzidas pela Lei nº 67/2003.

¹¹⁷ *Vide*, v.g., SILVA (2010: 105).

¹¹⁸ SILVA (2010: 107).

¹¹⁹ Tratando-se de uma empreitada, a substituição consistirá, naturalmente, na realização de uma nova obra. Crf., a este propósito, MARTINEZ (2005: 30 a 32).

¹²⁰ CARVALHO (2016: 242).

bem, independentemente de o mesmo ser fungível ou infungível¹²¹. No entanto, há que reconhecer que, na maior parte das vezes, a substituição de um bem não fungível revela-se impossível¹²². Refira-se, ainda, que o facto de o comprador já haver utilizado o bem não o impede de exigir a sua substituição, entendendo-se que os riscos advindos do comércio jurídico ou do decurso temporal de um processo em juízo devem correr por conta do vendedor.¹²³

Quanto à reparação, o conceito é definido pelo art. 1º nº 1 f) da Diretiva, bem como pelo art. 1º-B h), nos termos do qual corresponde à “reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato”.

A reparação consiste, essencialmente, numa “operação material sobre a coisa”.¹²⁴ Pode, ainda, integrar-se no conceito um ato que, apesar de não alterar diretamente o bem, produz alterações nalguma qualidade ou faculdade inerente ao mesmo¹²⁵.

A Diretiva, bem como o diploma nacional de transposição, impõe que a reparação ou a substituição sejam efetuadas “sem encargos”¹²⁶ para o comprador. O nº3 do art. 4º do DL nº 67/2003 esclarece o sentido da expressão, preceituando que a mesma se reporta às” despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material.”¹²⁷ Significa isto que o consumidor não tem de pagar qualquer preço pela reposição da conformidade do bem com o contrato. Nem mesmo as despesas em que poderia incorrer com o envio do bem para o vendedor. Entendemos, na esteira de autores como JORGE MORAIS CARVALHO, que a lista apresentada no nº3 do artigo em análise não é exaustiva, na medida em que faz sentido que se possam vislumbrar

¹²¹ Tanto a Diretiva como a lei em análise diferem ligeiramente do regime do CC, uma vez que, nos termos do art. 914º do diploma, o direito à substituição só existe se a mesma for necessária e a coisa tiver natureza fungível.

¹²² PINTO (2000: 258); SILVA (2010: 107). A este propósito, esclarece o considerando 16 da Diretiva que “a natureza específica dos produtos em segunda mão torna, de modo geral, impossível a sua reposição; (...) por isso, o direito do consumidor à substituição não é, em geral, aplicável a esses produtos (...)”.

¹²³ Atente-se, v.g., no Ac. do TRG de 11/10/2012: “a utilização da viatura (e conseqüente desvalorização) pelo comprador, por força do contrato de compra e venda, não colide com o pedido de substituição da mesma, por falta de conformidade do contrato, nem constitui um abuso de direito que afaste tal substituição”.

¹²⁴ CARVALHO (2016: 239).

¹²⁵ O autor ilustra a situação, referindo que a falta de conformidade poderá resultar da falta de registo, de uma garantia ou do cumprimento de uma obrigação, consistindo a reparação na realização do registo, na concessão da garantia ou no cumprimento da obrigação.

¹²⁶ Cfr. os arts. 3º nº2 da Diretiva e 4º nº1 do DL nº 67/2003.

¹²⁷ O art. reproduz, quase liminarmente, o art. 3º nº4 da Diretiva.

outros encargos que também não devem ser suportados pelo consumidor, tais como os custos com peritagens e avaliações.¹²⁸

Nos termos do nº2 do art. 4º, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, caso estejamos perante um bem imóvel. Tratando-se, por sua vez, de um bem móvel, as mesmas devem ser efetuadas num prazo máximo de trinta dias, a contar do momento em que o bem é entregue ao vendedor para ser reparado ou substituído.

Há que notar que a introdução de um prazo de trinta dias relativamente aos bens móveis foi inovadora, posto que a Diretiva apenas refere que a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um “prazo razoável”. Aplaudimos a iniciativa do legislador ao introduzir um limite temporal dentro do qual a conformidade do bem móvel deve ser reposta, uma vez que, tanto este termo como o de “graves inconvenientes” são conceitos indeterminados, por vezes de difícil preenchimento.¹²⁹ Com o estabelecimento destes prazos evita-se que o vendedor “proteja injustificadamente” a reparação ou a substituição¹³⁰.

O incumprimento dos prazos estabelecidos constitui o vendedor em responsabilidade contraordenacional, nos termos do art. 12º-A nº1 a).

A este respeito, pode, ainda, suscitar-se uma outra questão, que consiste em indagar da possibilidade de o comprador proceder à reparação ou à substituição do bem a expensas próprias e exigir, ulteriormente, o pagamento dos montantes despendidos ao vendedor. Apesar de a questão não ser expressamente resolvida pela lei, julgamos que a resposta deverá ser negativa¹³¹, pois tal situação constituiria uma “forma de auto-tutela não consentida na lei”¹³². Deverá ser dada ao vendedor a possibilidade de repor a conformidade do bem. No caso da reparação, por exemplo, é o vendedor quem possui

¹²⁸ CARVALHO (2016: 240).

¹²⁹ PINTO (2000: 263). O autor entende que deverá ter-se em conta o fim a que o consumidor destina o bem. Exemplifica a situação, demonstrando que o tempo de reparação de um eletrodoméstico de uso quase diário superior a três ou quatro semanas deveria ser considerado excessivo, constituindo a sua privação um inconveniente grave. No entanto, relativamente a bens móveis, a questão já encontra uma solução na lei, como acabamos de constatar.

¹³⁰ MARTINEZ (2005: 30).

¹³¹ Decidiu o TRP (Ac. de 24/11/2008) que “a lei não concede ao comprador o direito a reparar a coisa, sem nada dizer ao vendedor, concedendo-lhe o direito a ser indemnizado pelos prejuízos sofridos. Tal só tem sido admitido, a título excepcional, quando o vendedor não procede à reparação e/ou substituição e as mesmas têm carácter urgente.” No mesmo sentido, veja-se o Ac. do TRL de 29/4/2014.

¹³² MARTINEZ (2001a: 482 e 483)

mais conhecimentos técnicos sobre o bem em causa, nomeadamente sobre os procedimentos que deverão ser executados, evitando um processo de reparação longo e dispendioso. Diferente será o caso em que o consumidor interpela o profissional para que repare o bem e este recuse ilicitamente a reparação ou não a efetue dentro do prazo previsto. Nestas situações, entendemos que o comprador poderá proceder à reparação do bem, exigindo, posteriormente, o preço que despendeu com a mesma.

b) Resolução do contrato

O nº1 do art. 4º do DL nº67/2003 confere, ainda, ao consumidor o direito de resolução do contrato. Esta figura é regulada nos arts. 432º a 436º do CC e consiste na “destruição da relação contratual, operada por um dos contraentes, com base num facto posterior à celebração do contrato”¹³³. A resolução tem, em princípio¹³⁴, eficácia retroativa, nos termos do art. 434º nº1 do CC. Tal significa que a resolução implica a devolução da quantia que o comprador haja pago pelo bem desconforme.

A resolução do contrato obtém-se mediante simples declaração do consumidor ao vendedor, de acordo com o art. 436º nº1 do CC.

Cumprе notar que a lei nacional adotou uma terminologia distinta da empregue na Diretiva, uma vez que o diploma comunitário refere, no art. 3º nº2, que o consumidor tem direito à “rescisão” do contrato. Ressalve-se, no entanto, a insignificância da diferença terminológica. Neste seguimento, o considerando 15 da Diretiva prescreve que “as disposições de pormenor mediante as quais a rescisão do contrato ganha efeito podem ser fixadas na legislação nacional”. No caso, o legislador português optou por introduzir a expressão “resolução”, mais comumente utilizada no nosso direito civil¹³⁵.

De acordo com o art. 4º nº4 do DL nº67/2003, o direito de resolução pode ser exercido “mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado¹³⁶ por motivo não imputável ao comprador”. A norma deve ser interpretada no sentido de que existe um

¹³³ MATOS E VARELA (2012: 275).

¹³⁴ Salvo se a retroatividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução.

¹³⁵ A expressão resolução era já a adotada pelo art. 12º nº1 da LDC.

¹³⁶ Na medida em que a lei apenas refere expressamente os casos de perecimento ou deterioração do bem, poderemos questionar-nos acerca da aplicabilidade da norma em causa nos casos de furto da coisa. Julgamos que a resposta será positiva, na esteira da sentença do JP do Porto, de 7/6/2006. Cfr. CARVALHO (2016: 244).

nexo de causalidade entre o perecimento ou deterioração do bem e a falta de conformidade¹³⁷. Tal interpretação implica, naturalmente, que o preceito em causa não seja aplicável aos casos em que a desconformidade deriva unicamente do perecimento ou deterioração do bem¹³⁸.

Grande parte da doutrina¹³⁹ entende que o nº4 do art. 4º afasta a regra do art. 432º nº2 do CC, nos termos do qual “a parte (...) que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato.” Ou seja, segundo esta norma, caso o comprador não estivesse em condições de restituir o bem, por o mesmo se ter deteriorado ou perecido e tal acontecimento não fosse imputável ao vendedor, ele já não poderia requerer a resolução do contrato. A aplicação desta norma à venda de bens de consumo não faria sentido, tendo em conta o espírito do DL nº67/2003, que consiste em proteger adequadamente o consumidor. Pelo contrário, devemos entender que não existirá direito à resolução do contrato caso o perecimento ou deterioração da coisa seja imputável ao comprador¹⁴⁰.

Discute-se, tanto na doutrina como na jurisprudência, se o facto de o comprador ter utilizado o bem durante um certo período de tempo pode levar a uma redução do valor que o vendedor deve restituir ao comprador. Certos autores¹⁴¹ entendem que, pelo facto de a resolução ter efeitos retroativos e a falta de conformidade se presumir existente no momento da entrega do bem, de acordo com o art. 3º do DL, o consumidor não deve pagar qualquer valor pela utilização do bem, tendo direito à restituição de todo o montante pago por ele. Muito diferentemente, outros autores¹⁴² defendem que, no reembolso do preço pago pelo consumidor, se deve ter em conta uma eventual utilização do bem, que poderá justificar uma redução do valor a restituir, de acordo com o espírito do art. 434º nº2 do CC. Julgamos ser esta a solução mais justa para ambas as partes, pelo que, atendendo às circunstâncias do caso concreto, deve proceder-se a um ajustamento do montante a devolver ao consumidor, por forma a evitar potenciais casos de enriquecimento sem causa do comprador, que violariam o princípio da boa fé

¹³⁷ Neste sentido, *vide* SILVA (2010: 109). O autor entende que, tendo em conta a inserção sistemática do artigo em causa, “o perecimento ou deterioração da coisa por motivo não imputável ao comprador decorrerá da falta de conformidade existente no momento da entrega”.

¹³⁸ No mesmo seguimento, veja-se CARVALHO (2016: 244).

¹³⁹ CARVALHO (2016: 244), bem como SILVA (2010: 110) e MORAIS (2004: 124).

¹⁴⁰ *Vide* o Ac. do TRL de 27/5/2004.

¹⁴¹ CARVALHO (2016: 244).

¹⁴² SILVA (2010: 109).

contratual. Nesta operação, deve atender-se ao preço de aquisição do bem, deduzindo deste o montante da desvalorização, tendo em consideração o seu uso e eventual desgaste. Esta dedução deve ser equitativamente fixada pelo tribunal, sem recurso a tabelas de mercado, atendendo ao facto de o bem, por ser desconforme, não ter proporcionado ao comprador uma utilização normal.¹⁴³

Os casos abrangidos pela norma em apreço são aqueles em que o perecimento ou deterioração ocorrem durante o período de garantia legal do bem, ou seja, dentro de um prazo de dois ou cinco anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respetivamente, de coisa móvel ou imóvel¹⁴⁴.

Refira-se, por fim, que o legislador nacional optou por não transpor o art. 3º nº6 da Diretiva, de acordo com o qual “o consumidor não tem direito à rescisão do contrato se a falta de conformidade for insignificante”. No entanto, como ressalva CALVÃO DA SILVA¹⁴⁵, uma eventual transposição não se revelaria necessária, na medida em que constitui “regra geral do direito à resolução”. Mesmo que assim não se entenda¹⁴⁶, poderemos concluir que a maior parte dos casos em que a desconformidade se revela insignificante e, apesar disso, o comprador exige a resolução do contrato, resolver-se-ão em sede de abuso do direito¹⁴⁷.

c) Redução do preço

Por último, pode o comprador optar pela redução do preço do bem. Dentro do leque de direitos à mercê do consumidor em caso de desconformidade do bem, este é provavelmente o menos utilizado¹⁴⁸ e revela a vontade do consumidor em preservar o bem nas condições em que o mesmo se encontra. Ao exigir ao vendedor a redução do preço, o comprador não verá reposta a conformidade do bem. Não tendo o vendedor a

¹⁴³ Cfr. o Ac. do STJ de 5/5/2015.

¹⁴⁴ De acordo com o art. 5º nº1 do DL nº67/2003.

¹⁴⁵ (2010: 109).

¹⁴⁶ LEITÃO (2005: 59).

¹⁴⁷ CARVALHO (2016: 243).

¹⁴⁸ CARVALHO (2016: 244 e 245).

possibilidade de sanar a desconformidade, procede-se, assim, somente a um reequilíbrio das posições contratuais¹⁴⁹.

Ao contrário do CC¹⁵⁰, tanto a Diretiva como o DL nº 67/2003 não determinam qual o critério a utilizar para proceder à redução do preço. Certos autores entendem, por isso, que, na falta de outros critérios, se deverá recorrer às regras do CC, nomeadamente aos arts. 884º, 911º e 1222º¹⁵¹. Deve ter-se em conta o preço efetivamente pago pelo consumidor, correspondendo a redução ao *quantum* da desvalorização do bem.

Tal como acontece no âmbito do direito à resolução do contrato, o direito à redução do preço pode ser exercido mesmo que o bem tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador¹⁵².

d) Outros direitos do comprador: exceção de não cumprimento e indemnização

Esclarece o considerando 12 da Diretiva que, em caso de falta de conformidade, o vendedor pode sempre oferecer ao consumidor, como solução, qualquer outra forma de reparação possível, competindo a este último decidir se aceita ou rejeita essa proposta. Assim, perante um bem desconforme, o consumidor pode recorrer a outros remédios que não estão previstos expressamente no DL nº67/2003. Neste contexto, há que referir a exceção de não cumprimento e a indemnização¹⁵³.

No que respeita à exceção de não cumprimento¹⁵⁴, cumpre mencionar que o comprador se pode recusar a pagar o preço da coisa enquanto o vendedor não lhe entregar um bem que seja conforme com o contrato. Tal implica, naturalmente, que as partes não tenham acordado que o pagamento seria efetuado num momento anterior à entrega do bem.

¹⁴⁹ MORAIS (2004: 119); PINTO (2000: 269).

¹⁵⁰ Tal como o Direito português, o Direito alemão consagra, no art. 441º nº3 do BGB, uma solução para estes casos. De acordo com o referido preceito, a redução será proporcional à diferença existente entre o valor que a coisa efetivamente entregue tinha no momento da entrega e o valor que, nesse momento, uma coisa conforme ao contrato teria.

¹⁵¹ MARTINEZ (2005: 32) e CARVALHO (2016: 245).

¹⁵² Art. 4º nº4 do DL nº67/2003.

¹⁵³ LEITÃO (2005: 59 e 60); C. ALMEIDA (2005: 164 e 165); SILVA (2010: 114); CARVALHO (2016: 246 a 248).

¹⁵⁴ Ac. do TRP de 20/04/2010.

Relativamente ao direito à indemnização¹⁵⁵, previsto no art. 12º da LDC, “o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos.” O comprador tem, deste modo, direito a ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, caso se verifiquem os respetivos pressupostos. Uma vez que se trata de responsabilidade contratual, presume-se a culpa do vendedor, de acordo com o art. 799º do CC, cabendo apenas ao consumidor provar a desconformidade do bem, o dano e o nexo de causalidade¹⁵⁶.

O valor da indemnização pode, também, abranger os prejuízos sofridos pelo consumidor durante o tempo em que este esteve privado do bem pelo facto de o mesmo não ser conforme com o contrato¹⁵⁷.

Refira-se, por último, que o direito à indemnização é cumulável com qualquer um dos quatro direitos previstos no nº1 o art. 4º do DL nº67/2003. O comprador poderá, ainda, optar apenas pela indemnização, em alternativa a qualquer um desses direitos¹⁵⁸.

3.4. A responsabilidade do produtor

Apesar de permitir, no considerando 23¹⁵⁹, que os E-M consagrem a responsabilidade direta do produtor, a Diretiva não o fez¹⁶⁰, consagrando apenas a sua responsabilização por via indireta, no art. 4º.

O legislador nacional optou, no entanto, por introduzir no DL nº67/2003 o art. 6º, onde consagra a responsabilidade direta do produtor¹⁶¹, definido na alínea d) do art. 1º-B do DL nº67/2003 como “o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade Europeia ou qualquer outra pessoa que se

¹⁵⁵ Vide o Ac. do TRP de 2/3/2015 e o Ac. do TRL de 18/4/2013.

¹⁵⁶ CARVALHO (2016: 247).

¹⁵⁷ CARVALHO (2016: 248).

¹⁵⁸ SILVA (2010: 114).

¹⁵⁹ Nos termos do qual “(...) poderá ser necessário considerar um grau mais elevado de harmonização e prever, nomeadamente, a responsabilidade directa do produtor pelos defeitos de que é responsável”.

¹⁶⁰ Refira-se que no Livro verde sobre as garantias dos bens de consumo e os serviços pós-venda se propunha o estabelecimento de uma responsabilidade conjunta do fabricante pelos defeitos da coisa.

¹⁶¹ Também em Espanha foi admitida a possibilidade de o consumidor exercer os seus direitos diretamente contra o produtor. No entanto, a responsabilidade do produtor tem carácter subsidiário (art. 10 I da *Ley* nº23/2003). Contrariamente, outros países, como a Alemanha, optaram por não prever essa ação.

apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto”.

Assim, vendo-se confrontado com a falta de conformidade do bem, o consumidor pode optar por exigir diretamente do produtor a reposição da mesma

Os seus direitos encontram-se, contudo, diminuídos, uma vez que apenas pode exigir do produtor a reparação ou substituição do bem, de acordo com o n.º1 do art. 6.º¹⁶². Ademais, o consumidor não pode exercer estes direitos “se tal se manifestar impossível ou desproporcionado tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor.”

A responsabilidade do produtor pode, ainda, ser excluída no caso de se verificar alguma das hipóteses previstas pelo n.º2 do art. 6.º.

Aplaudimos, na esteira da maioria da doutrina¹⁶³, a decisão do legislador ao introduzir a responsabilidade direta do produtor, uma vez que, atualmente, a maioria dos bens são produzidos em série, não tendo o vendedor, em muitos dos casos, qualquer controlo sobre os mesmos. Para além de que, como refere PAULO MOTA PINTO¹⁶⁴, o fabricante é quem “pode exercer um melhor – ou único – controlo sobre a qualidade (...) e ainda quem melhor posicionado está para trabalhos de reparação (...)”.

3.5. O direito de regresso do vendedor final

Caso o consumidor não opte por exercer os seus direitos diretamente contra o produtor, tendo em conta as condições atuais de comercialização dos bens, o vendedor final que tenha respeitado um dos direitos do consumidor previstos no artigo 4.º goza do direito de regresso contra o profissional a quem haja adquirido o bem¹⁶⁵, que responderá por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos, nos termos do art. 7º

¹⁶² Ressalve-se o facto de a escolha caber ao consumidor e não ao produtor, contrariamente à redação originária do art. 6º n.º1 (versão anterior ao DL n.º 84/2008, de 21/05), de acordo com a qual a escolha competia ao produtor.

¹⁶³ LEITÃO (2005: 62 e 63); SILVA (2010: 127); PINTO (2000: 276 e ss.).

¹⁶⁴ (2000: 275 e 276).

¹⁶⁵ Note-se que o vendedor final apenas goza do direito de regresso contra o seu imediato antecessor na cadeia contratual.

nº1 do DL nº67/2003¹⁶⁶. De acordo com o nº2 do preceito, o defeito presume-se existente no momento da entrega do bem ao titular do direito de regresso, caso o mesmo se manifeste dentro de dois ou cinco anos após a entrega do bem ao consumidor, conforme se trate, respetivamente, de bem móvel ou imóvel.

Como preceitua o art. 8º nº2 e nº3, o direito de regresso pode ser exercido no prazo de dois meses a contar da data da satisfação do direito ao consumidor, dentro de cinco anos desde a entrega da coisa pelo profissional demandado.

O demandado pode afastar o direito de regresso mediante prova de que o defeito não existia aquando da entrega da coisa ou, se o defeito for posterior à entrega, de que não foi causado por si¹⁶⁷.

3.6. Prazos

O art. 5º nº1 do DL nº 67/2003 estabelece, em primeiro lugar, um prazo de garantia, ou seja, o período de tempo durante o qual “o consumidor tem direito a reagir face a uma manifestação de desconformidade do bem”¹⁶⁸. Assim, o vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer desconformidade que se manifeste dentro de um prazo de dois ou cinco anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respetivamente, de bem móvel ou imóvel. Nos termos do nº2 do preceito, este prazo pode ser reduzido para um ano, por acordo das partes, caso de trate de bem móvel usado.

O nº6 do art. 5º¹⁶⁹ estabelece que, se o comprador optar pela substituição do bem, o bem sucedâneo goza de um prazo de garantia de dois ou cinco anos a contar da data da sua entrega, conforme se trate, respetivamente, de bem móvel ou imóvel. Ou seja, o prazo de garantia, nesta hipótese, não se suspende; pelo contrário, interrompe-se, passando a correr um novo prazo de garantia legal relativamente ao novo bem. Por seu turno, ocorre a suspensão do prazo de garantia a partir da data da denúncia, durante o período em que o consumidor estiver privado do uso dos bem, nos termos do nº7.

¹⁶⁶ A Diretiva consagra esse direito no art. 4º.

¹⁶⁷ Art. 7º nº3 do DL nº 67/2003.

¹⁶⁸ CARVALHO (2016: 248).

¹⁶⁹ Aditado pelo DL n.º 84/2008, de 21/5.

Como mencionámos supra¹⁷⁰, a Diretiva não impõe aos E-M a consagração de prazos para o exercício dos direitos por parte do consumidor. O legislador nacional optou, contudo, pela previsão dos mesmos. Assim, o nº2 art. 5º-A¹⁷¹ estipula que o consumidor deve denunciar a falta de conformidade num prazo de dois meses, caso se trate de um bem móvel, ou de um ano, se se tratar de um bem imóvel. Este prazo de denúncia começa a contar a partir do momento em que o consumidor tenha detetado o defeito (e não a partir da data em que existisse a mera possibilidade de o conhecer¹⁷²). A denúncia pode ser efetuada por qualquer meio, não exigindo a lei qualquer formalidade especial. Este é um prazo relativamente curto, mas que visa não “tutelar a inércia do consumidor” e garantir uma rápida regularização do problema¹⁷³.

O nº3 do art. 5º-A preconiza um prazo de caducidade, de acordo com o qual os direitos do consumidor caducam decorridos dois anos a contar da data da denúncia, caso se trate de bem móvel e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar dessa mesma data. Este prazo suspende-se em dois casos, previstos no nº4: durante o lapso de tempo em que o consumidor estiver privado do uso dos bens com o objetivo de realização das operações de reparação ou substituição, bem como durante o período em que durar a tentativa de resolução extrajudicial do conflito de consumo que opõe o consumidor ao vendedor ou ao produtor, com exceção da arbitragem.

Coloca-se na doutrina a questão da eventual aplicação destes prazos a outros direitos do consumidor, nomeadamente ao direito de indemnização. Certos autores¹⁷⁴ preconizam uma resposta negativa, na medida em que o direito de indemnização está sujeito a pressupostos diferentes daqueles que são diretamente previstos pelo art. 4º do DL nº67/2003, tendo um objetivo distinto dos mesmos. Por seu turno, outra parte da doutrina¹⁷⁵ defende uma solução distinta, entendendo que este direito deve estar sujeito aos prazos dos arts. 5º e 5º-A.

Consideramos que este último é o entendimento correto a seguir. O direito à indemnização deve estar sujeito aos prazos previstos para os quatro direito primários reconhecidos pelo art. 4º nº1, pois os prejuízos indemnizáveis estão estritamente

¹⁷⁰ Vide ponto 2.4.1 do presente trabalho.

¹⁷¹ Como constata CALVÃO DA SILVA (2010: 120), o art. 5º-A resulta do “desdobramento do primitivo art. 5º em dois”: prazo de garantia e prazo para o exercício de direitos.

¹⁷² SILVA (2010: 120); CARVALHO (2016: 254); MORAIS (2004: 141).

¹⁷³ MARTINEZ (2005: 33); CARVALHO (2016: 254).

¹⁷⁴ CARVALHO (2016: 252 e 253); CURA MARIANO (2015: 155).

¹⁷⁵ SILVA (2010: 122); MORAIS (2004: 229). Vide, também, o Ac. do TRC de 14/11/2006.

conexos com a desconformidade do bem. Além disso, tendo em conta o facto de o consumidor poder optar pelo direito à indemnização, em alternativa aos direitos à reparação e substituição à bem, redução do preço e resolução do contrato, não seria coerente sujeitar os direitos a diferentes prazos. Qualquer que seja o direito pelo qual o consumidor opte, o objetivo é o mesmo: reestabelecer o equilíbrio das posições contratuais.

3.7. Hierarquia entre os direitos

Cumpre-nos agora analisar a problemática central subjacente ao presente trabalho: a eventual existência de uma hierarquia entre os direitos conferidos ao consumidor em caso de desconformidade do bem.

Conforme mencionado *supra*¹⁷⁶, o regime tradicional do CC concede ao comprador um conjunto de direitos, elencados nos arts. 913º e ss. Esses direitos são aqueles de requerer a anulação do contrato, de exigir a reparação ou a substituição do bem e, por último, de exigir a redução do preço.

Para além da existência de uma relação de subsidiariedade entre os direitos de exigir a reparação e a substituição do bem (que resulta, expressamente, da letra do art. 914º do CC), alguns autores afirmam uma hierarquização dos quatro remédios à disposição do comprador. Neste sentido, entendem que existe uma espécie de “sequência lógica”¹⁷⁷, devendo o comprador, em primeiro lugar, exigir a eliminação dos defeitos ou a substituição do bem. O comprador apenas pode optar pela redução do preço ou pela anulação do contrato em duas situações: sendo possível a reparação ou a substituição do bem, o vendedor recusou repará-lo ou substituí-lo; ou caso se verifique a impossibilidade destas pretensões. Mesmo nestas hipóteses, a resolução do contrato seria sempre o último recurso, dependendo do preenchimento de pressupostos comuns, como o não cumprimento definitivo e a gravidade¹⁷⁸. Esta solução hierarquizada não resulta de modo explícito da lei. No entanto, parte da doutrina defende a aplicação analógica do art. 1222º nº1 do CC, relativo ao contrato de empreitada, que estabelece

¹⁷⁶ Crf. ponto 2 do capítulo I do presente trabalho.

¹⁷⁷ MARTINEZ (2001b: 392).

¹⁷⁸ MARTINEZ (2005: 33).

claramente uma precedência dos direitos de reparação e de construção de nova obra em relação à redução do preço e à resolução do contrato¹⁷⁹.

Por nossa parte, não entendemos ser esta a posição defensável. Na esteira de autores como JOÃO CALVÃO DA SILVA¹⁸⁰, consideramos que, à luz do CC, existe um concurso eletivo de pretensões, podendo o comprador optar por qualquer dos direitos que o regime lhe confere¹⁸¹, verificados, naturalmente, os respectivos pressupostos, já anteriormente analisados. Contudo, a concorrência eletiva é absoluta, na medida em que a escolha do comprador deve ser sempre pautada pelo princípio da boa-fé. No caso de a opção tomada exceder os limites impostos por este princípio, as regras do abuso do direito, nos termos art. 334º do CC, serão suscetíveis de serem aplicadas.

Relativamente à venda de bens de consumo, importa recordar que a Diretiva 1999/44/CE atribui ao consumidor, igualmente, quatro direitos, elencados no art. 3º, preceito que foi objeto de discussão e de várias alterações¹⁸². Tanto o anteprojeto como a proposta de Diretiva reconheciam ao consumidor os direitos à rescisão do contrato, à reparação ou à substituição do bem e à redução do preço, podendo aquele optar livremente por qualquer deles. Esta versão da Diretiva gerou, no entanto, controvérsia, na medida em que se entendia que conferir ao consumidor um direito de livre escolha seria passível de conduzir a situações particularmente injustas para os profissionais, nomeadamente quando o consumidor elege-se, sem mais, a rescisão do contrato.

Tendo em conta estas preocupações, estabeleceu-se, na versão final da Diretiva, uma hierarquização dos direitos¹⁸³, distinguindo-se dois níveis de reação do consumidor. Assim, desde logo, o consumidor pode exigir do vendedor a reparação ou a substituição do bem, a menos que isso seja impossível ou desproporcionado, de acordo com o nº3 do art. 3º. O consumidor apenas pode rescindir o contrato ou pedir uma redução adequada do preço se se verificar alguma das hipóteses enumeradas no nº5 do art. 3º, ou seja, se não houver direito à reparação nem à substituição; se o vendedor não

¹⁷⁹ Veja-se, v.g., o Ac. do TRP de 18/6/2007.

¹⁸⁰ (2008: n.ºs. 43.1 e 43.2).

¹⁸¹ No mesmo sentido, *vide* o Ac. do TRG de 16/3/2009.

¹⁸² PINTO (2000: 252).

¹⁸³ Também na Convenção de Viena de 1980 se procedeu a uma hierarquização dos direitos (crf. arts. 46º a 50º do diploma).

tiver encontrado uma solução num prazo razoável; ou se o vendedor não tiver encontrado uma solução sem grave inconveniente para o consumidor¹⁸⁴.

Relativamente aos direitos à reparação ou à substituição do bem, ao contrário do regime do art. 914º do CC, a Diretiva não estabelece nenhuma precedência do primeiro sobre o segundo. Ressalvando os casos em que a satisfação de um desses direitos se afigura impossível ou desproporcionada, o consumidor pode optar livremente por qualquer deles¹⁸⁵.

Na doutrina comparada, surgiram algumas críticas à consagração de uma hierarquia entre os direitos dos consumidores na Diretiva¹⁸⁶.

Tendo porventura em conta estas considerações, bem como o facto de a LDC não estruturar então os direitos dos consumidores de forma hierárquica¹⁸⁷, o legislador português, aquando da transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico nacional, optou por não estabelecer, pelo menos expressamente, qualquer tipo de precedência. Assim, de acordo com nº5 do art. 4º do DL nº67/2003 “**o consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores**, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais.”¹⁸⁸

Apesar da aparente clareza da lei, a questão de uma eventual hierarquia entre os diversos direitos tem sido objeto de querela, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Alguns autores preconizam uma interpretação do art. 4º conforme com a Diretiva, no sentido da existência de uma hierarquia entre os vários direitos dos consumidores. MENEZES LEITÃO¹⁸⁹ é um deles, entendendo que a hierarquização é uma solução lógica na medida em que “o princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos deve impor a prevalência das soluções que conduzem à integral execução do negócio sobre soluções que implicam a sua ineficácia total ou parcial”. Partilhando de uma orientação semelhante, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA esclarece que os direitos à reparação e à substituição constituem sucedâneos do cumprimento, configurando uma nova

¹⁸⁴ Esta regra surge configurada também no considerando 10 da Diretiva.

¹⁸⁵ Como constata PAULO MOTA PINTO (2000: 259), a Diretiva afigura-se mais protetora do comprador do que o regime do CC, relativamente à possibilidade de exigir imediatamente a substituição do bem, em lugar da sua reparação.

¹⁸⁶ PELET (2000: 55); WATTERSON (2001: 211); HONDIUS e SCHELHAAS (2001: 334).

¹⁸⁷ Pelo menos, de uma forma expressa. Crf. o art. 12º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

¹⁸⁸ Negrito nosso.

¹⁸⁹ (2005: 58).

oportunidade para o vendedor satisfazer o direito do comprador à prestação originária¹⁹⁰.

Para JOÃO CALVÃO DA SILVA, a defesa de uma estrutura hierarquizada traduz uma “solução de bom senso, de senso comum, correspondente à da empreitada no Código Civil”, introduzindo “mais certeza e segurança”.¹⁹¹

Entendem, ainda, os defensores da referida hierarquia que o vendedor é quem mais conhecimentos tem sobre o bem, devendo assim competir-lhe a escolha do remédio. Por exemplo, vendo-se o profissional confrontado com a existência de um defeito no automóvel que haja vendido, é ele quem possui os conhecimentos técnicos necessários para saber se o defeito poderá ser eliminado pela via da reparação ou se é mais viável optar por substituí-lo, na medida em que a reparação acarretaria custos demasiado elevados, injustificáveis.

Esta não é, contudo, a posição mais acolhida pela doutrina portuguesa. Na verdade, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência¹⁹² entende que a lei é clara no sentido da inexistência de uma hierarquia entre os direitos, gozando os consumidores de um direito de livre escolha¹⁹³.

Por nossa parte, entendemos ser esta a via mais razoável a seguir. Uma interpretação da lei baseada no elemento gramatical conduz-nos nesse sentido. De facto, a letra da lei, no art. 4º nº1 e nº5 do DL nº67/2003, não parece deixar margem para dúvidas quanto à existência de um concurso eletivo de pretensões. O legislador optou pelo uso dos vocábulos “ou” e “qualquer”, o que demonstra uma alternatividade entre os remédios à disposição do consumidor. É certo que se poderia argumentar a favor de uma interpretação do DL conforme com a Diretiva, tendo em consideração o facto de a mesma ter estabelecido, em termos expressos, uma ordem entre os respetivos direitos. Pensamos, porém, que se o legislador tivesse pretendido consagrar uma estrutura

¹⁹⁰ C. ALMEIDA (2005: 163). No mesmo sentido, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS entende que “os princípios da conservação dos negócios jurídicos, da prevalência do cumprimento e até mesmo da prioridade da restauração natural apontam no sentido do exercício, num primeiro momento, dos direitos referentes à reposição da conformidade.” (2012: 164).

¹⁹¹ (2010: 110 e 111). Não obstante, o autor critica o facto de a Diretiva utilizar vários conceitos indeterminados (como desproporcionalidade, inconveniente grave, razoabilidade, entre outros), que requerem uma concretização no caso concreto.

¹⁹² Crf., a título exemplificativo, os seguintes acórdãos: STJ de 5/5/2015; TRL de 1/3/2012, TRP de 15/9/2011; TRC de 6/12/2011; TRG de 13/10/2011.

¹⁹³ CARVALHO (2016: 236); BAUERMAN (2007: 243); LEITÃO (2005: 58); SILVA (2010: 111); N. OLIVEIRA (2007: 320); BARBIERI (2008: 690).

hierarquizada, tê-lo-ia feito de modo claro, optando por transpor *ipsis verbis* o texto da Diretiva, como fez, aliás, em relação a outros preceitos.

Acresce que, como refere JOÃO CALVÃO DA SILVA, a opção pela não transposição dos critérios adotados no diploma comunitário não viola o princípio da transposição conforme, uma vez que o resultado obtido será diferente em benefício do consumidor, que goza de uma maior liberdade de escolha no exercício dos seus direitos.¹⁹⁴

Tendo em conta, uma vez mais, os elementos da interpretação da lei do art. 9.º do CC, refira-se que tanto o elemento teleológico como o histórico apontam para a não existência de uma hierarquia entre os direitos. O objetivo do legislador, aquando da transposição da Diretiva, foi reforçar a proteção conferida ao consumidor, porque se constatou que o regime civil vigente à data não era capaz de o tutelar da forma mais adequada.

Além do mais, em nossa opinião, não deve caber ao profissional a eleição do meio de tutela a aplicar ao caso concreto. Se é certo que, algumas vezes, a opção do consumidor por um determinado direito é suscetível de configurar uma situação abusiva, o mesmo pode suceder na hipótese de a escolha competir ao profissional. Na verdade, o consumidor, como parte mais vulnerável da relação contratual, poderia ser levado a aceitar soluções que, no caso *sub judice*, não seriam as mais adequadas¹⁹⁵.

Apesar de a reparação ou a substituição se traduzirem em sucedâneos do cumprimento, ao invés da redução do preço e da resolução do contrato, não pode descuidar-se a hipótese de o consumidor já não ter interesse na manutenção da relação contratual, nos termos inicialmente acordados. Confrontado com a desconformidade do bem, o consumidor perde, muitas vezes, a confiança que havia depositado no vendedor, preferindo optar pela redução do preço ou por resolver o contrato.

¹⁹⁴ (2010: 112). Como já foi possível esclarecer anteriormente neste trabalho, a Diretiva 1999/44/CE é de harmonização mínima, o que permite aos E-M adotar ou manter preceitos que confirmam um nível mais elevado de proteção do consumidor.

¹⁹⁵ Imaginemos o seguinte exemplo: o consumidor adquiriu um computador, que mais tarde, revelou ter um defeito de fabrico. O profissional, confrontado com a desconformidade do bem, concluiu que a conformidade apenas poderia ser reposta a curto prazo, uma vez que, mais cedo ou mais tarde, a desconformidade voltaria a manifestar-se. No entanto, por uma questão de redução de custos, opta pela reparação do bem, em lugar de o substituir. O consumidor aceita a solução, dado que não possui conhecimentos técnicos que lhe permitam perceber que, no futuro, ver-se-á confrontado com o mesmo problema.

A escolha do consumidor não se revela, contudo, inteiramente livre, uma vez que o nº5 do art. 4º do DL nº67/2003 ressalva que “o consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores, **salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais.**”¹⁹⁶

A impossibilidade constitui um “limite resultante da própria natureza das coisas”, pelo que, se não for possível o cumprimento pelo profissional, da obrigação correspondente ao direito escolhido, o consumidor deixa de o poder exercer¹⁹⁷. Exemplificando, no caso de bem infungível, verifica-se, muito frequentemente, a impossibilidade da sua substituição¹⁹⁸. A substituição também se revela impossível se o bem se encontrar esgotado no mercado. No que respeita à reparação manifesta-se a sua impossibilidade nas hipóteses de entrega de um bem totalmente diferente do acordado (*aliud pro alio*), de o bem se tornar insuscetível de aproveitamento por parte do consumidor e, por último, quando não se reúnam condições técnicas para repor a sua conformidade¹⁹⁹.

O abuso do direito, previsto no art. 334º do CC, constitui “uma atuação humana estritamente conforme com as normas imediatamente aplicáveis, mas que, tudo visto, se apresenta ilícita por contrariedade ao sistema, na sua globalidade”²⁰⁰. Cabendo ao consumidor, a escolha do direito a exercer deverá obedecer ao princípio da boa fé e “não cair no puro arbítrio”²⁰¹. Se os limites impostos pelo princípio forem excedidos, aplica-se então a cláusula geral do abuso do direito. Existirá abuso do direito, nomeadamente, nos casos em que se verifica uma desproporção acentuada entre o exercício do direito de resolução e a dimensão dos defeitos que o fundam.²⁰²

¹⁹⁶ Negrito nosso.

¹⁹⁷ CARVALHO (2016: 237).

¹⁹⁸ Como já defendemos no ponto 3.3.3 a) da presente exposição, não cremos que a natureza infungível do bem determine automaticamente a impossibilidade de substituição. No entanto, reconhecemos que, na maioria dos casos, tal se verifica.

¹⁹⁹ Cfr. LEITÃO (2005: 58 e 59) e CARVALHO (2016: 237).

²⁰⁰ CORDEIRO (2014: 89).

²⁰¹ SILVA (2010: 111).

²⁰² Vide o Ac. do TRP 15/9/2011

Conclusão

Referimos, diversas vezes, ao longo deste trabalho, a desigualdade de posições em que, muito frequentemente, se encontram o consumidor e o vendedor. De um lado, está o profissional, dotado de elevados conhecimentos técnicos e de um estatuto económico superior. De outro lado, está o consumidor, com menor poder económico, menos informado, o que o torna mais permeável a possíveis manobras por parte do profissional que desguarneçam a sua posição. Daí que o consumidor seja considerado a parte mais frágil da relação contratual.

Vimos que, nem sempre, o regime do direito civil se revela idóneo para acautelar essa vulnerabilidade. Por isso, nos últimos anos, têm surgido diversos diplomas avulsos que visam conferir um maior grau de proteção ao consumidor. Um deles é o DL nº67/2003, analisado neste trabalho, que atribui ao consumidor, no art. 4º nº1, um conjunto de direitos em caso de desconformidade do bem.

Se tivermos em consideração o objetivo protecionista que este diploma prossegue, não nos parece coerente sujeitar a escolha do consumidor a critérios apertados, ficcionando uma hierarquia entre os direitos que apenas se encontra expressamente consagrada na Diretiva 1999/44/CE. Tratando-se de uma Diretiva de harmonização mínima, os E-M são livres de manter ou adotar preceitos que garantam um nível mais elevado de proteção ao consumidor. Do exame do regime anterior à transposição da Diretiva em apreço para a ordem jurídica nacional resulta que o comprador pode optar livremente por qualquer dos remédios elencados nos arts. 913º e ss do CC, verificados os respetivos pressupostos. Deste modo, não podemos aceitar que a entrada em vigor do DL nº67/2003 possa condicionar a eleição do consumidor a critérios mais apertados, apenas admitindo a redução do preço e a resolução do contrato no caso de a reparação ou a substituição do bem não terem reposto a conformidade.

Tendo em conta o cenário descrito, assim como os argumentos expostos, concluímos pela não existência de qualquer hierarquia entre os direitos do consumidor à luz do DL nº67/2003. Com efeito, perante a desconformidade do bem, o consumidor pode optar, indistintamente, por exigir a reparação do bem, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato.

Apesar da liberdade de escolha, há que atender aos limites fixados pelo nº5 do art. 4º: a impossibilidade e o abuso do direito. Uma análise atenta das inúmeras decisões jurisprudenciais a propósito deste tema permite-nos concluir que estes limites se afiguram suficientes e adequados para evitar situações em que, potencialmente, o consumidor pode, indevidamente, retirar proveito da posição de fragilidade que lhe é reconhecida e que o direito pretende tutelar. De facto, reconhecemos a existência de situações em que o protecionismo que envolve o consumidor é passível de produzir um efeito contrário, colocando, ao invés, o profissional em situação de desvantagem, nomeadamente nos casos em que a falta de conformidade é insignificante e o consumidor opta de imediato pela resolução do contrato. Contudo, consideramos que os limites impostos pelo art. 4º nº5 se revelam idóneos a evitar essas situações.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2005), *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina;

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2001), *Orientações de política legislativa adoptadas pela Diretiva 1999/44/CE sobre a venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente*, in Themis, Revista da FDUNL, Ano II, nº4, pp. 109-120;

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1982), *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina;

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2001), *Questões a resolver na transposição da Diretiva e respostas dadas no colóquio*, in Themis, Revista da FDUNL, Ano II, nº4, pp. 219-222;

ALMEIDA, Teresa (1997), *Lei de Defesa do Consumidor - Anotada*, Lisboa, Instituto do Consumidor;

BARBIERI, Diovana (2008), *The Binding of Individuals to Fundamental Consumer Rights in the Portuguese Legal System: Can/Should it be Thought of in Terms of Direct Horizontal Effect?*, in ERPL, Vol. 16, nº5, pp. 665-692;

BAUERMANN, Sandra (2007), *A transposição da diretiva 1999/44/CE para o direito português e breves considerações sobre algumas soluções adotadas pela Espanha e Alemanha*, in RPDC, nº 51, pp. 229-253;

CANARIS, Claus-Wilhelm (2001), *A Transposição da Diretiva sobre compra de bens de consumo para o direito alemão*, tradução de PAULO MOTA PINTO, in EDC, nº3, pp. 49-67;

CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital MOREIRA (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada. Arts. 1º a 107º*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora;

CARVALHO, Jorge Morais (2016), *Manual de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina;

CORDEIRO, António Menezes (2014), *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*, Coimbra, Almedina;

CORDEIRO, António Menezes (1981), *Violação Positiva do Contrato*, in ROA, Ano 41, pp. 123-152;

DRAY, Guilherme (2002), *Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente Mais Débil*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I, Coimbra, Almedina;

DUARTE, Paulo (1999), *O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2º da Lei de Defesa do Consumidor*, in BFDUC, Vol. LXXV, pp. 649-703;

FRADA, Manuel A. Carneira da (1989), *Erro e Incumprimento na Não-conformidade da Coisa com o Interesse do Comprador*, in O Direito, Ano 121º, Vol. III, p. 461-484;

FRANK, Jérôme (2000), *Directive 1999/44 du 25 Mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, in EDC, nº 2, pp. 159-180;

GOMES, Manuel Januário da Costa (2005), *Apontamentos sobre a garantia de conformidade na venda de bens de consumo*, in RPDC, nº43, pp. 11-27;

HONDIUS, Ewoud e Christoph JELOSCHKE (2001), *Towards a European Sales Law – Legal Challenges posed by the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees*, in ERPL, Vol. 9, n.º2 e nº3, pp. 157-161;

HONDIUS, Ewoud e Harriet SCHELHAAS (2001), *In conformity with the Consumer Sales Directive? Some remarks on transposition into Dutch Law*, in ERPL, Vol. 9, nº2 e nº3, pp. 327-336;

LEITÃO (2010), Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações, Vol. III – Contratos em Especial*, Coimbra, Almedina;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de (2005), *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, Separata da obra Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. II, Coimbra, Almedina;

LIMA, Pires de e Antunes VARELA (2010), *Código Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora;

LIZ, Jorge Pegado (2010), *Algumas Reflexões a Propósito da Proposta de Diretiva sobre os “Direitos dos Consumidores”*, in RPDC, nº61, pp. 11-44;

MACHADO, João Baptista (1972), *Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas*, Separata do BMJ, n.º 215;

MARIANO, João Cura (2015), *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos defeitos da obra*, 6ª Ed., Coimbra, Almedina;

MARTINEZ, Pedro Romano (2001(a)), *Direito das Obrigações (Parte Especial) - Contratos, Compra e Venda, Locação e Empreitada*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina;

MARTINEZ, Pedro Romano (2001(b)), *Cumprimento Defeituoso – Em especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, Almedina;

MARTINEZ, Pedro Romano (2005), *Empreitada de bens de consumo. A transposição da Diretiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 11-35;

MATOS, João de e Antunes VARELA (2012), *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Coimbra, Almedina;

MONTEIRO, António Pinto (2003), *Garantias na venda de bens de consumo. A transposição da Diretiva 1999/44/CE para o direito português*, in EDC, n.º5, pp. 123-137;

MONTEIRO, António Pinto e Paulo Mota PINTO (1993), *La Protection de l'acheteur de choses défectueuses en Droit Portugais*, in BFDUC, Vol. LXIX, pp. 259-288;

MORAIS, Fernando de Gravato (2012), *A Alternatividade dos Meios de Defesa o Consumidor no Caso de Desconformidade da Coisa com o Contrato de Compra e Venda*, in Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores, Coimbra, Almedina, pp. 156-169;

MORAIS, Fernando de Gravato (2004), *União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo*, Coimbra, Almedina;

OLIVEIRA, Fernando Baptista de (2009), *O conceito de Consumidor. Perspetivas Nacional e Comunitária*, Coimbra, Almedina;

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2007), *Contrato de Compra e Venda – Noções Fundamentais*, Coimbra, Almedina;

PELET, Stéphanie (2000), *L'impact de la directive 99/44/CE relative à certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation sur le droit français*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, pp. 41-59;

PINNA, Andrea (2001), *La transposition en droit français*, in *ERPL*, Vol. 9, n°2 e n°3, pp. 223-237;

PINTO, Paulo Mota (2001(a)), *Anteprojecto de diploma de transposição da Diretiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de Motivos e Articulado*, in *EDC*, n.º 3, pp. 165- 279;

PINTO, Paulo Mota (2000), *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Diretiva 1999/44/CE e o direito português*, in *EDC*, n°2, pp. 198-331;

PINTO, Paulo Mota (2001 (b)), *Reflexões sobre a transposição da Diretiva 1999/44/CE para o direito português*, in *Themis, Revista da FDUNL*, Ano II, n°4, pp. 195-218;

PRATA, Ana (2001), *Venda de Bens Usados no Quadro da Diretiva 1999/44/CE*, in *Themis, Revista da FDUNL*, Ano II, n° 4, pp. 145- 153;

SCOTTON, Manola (2001), *Directive 99/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*, in *ERPL*, Vol. 9, n°2 e n°3, pp. 297-307;

SERRA, Adriano Vaz (1955), *Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor*, in *BMJ*, n°47, pp. 5-97;

SILVA, João Calvão da (2008), *Compra e Venda de Coisas Defeituosas. Conformidade e Segurança*, 5ª Ed., Coimbra, Almedina;

SILVA, João Calvão da (1990), *Responsabilidade civil do Produtor*, Coimbra, Almedina;

SILVA, João Calvão da (2010), *Venda de bens de consumo - Decreto-Lei n°67/2003, Directiva n° 1999/44/CE*, Coimbra, Almedina;

TENREIRO, Mário (2000), *La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, pp. 5-39;

VIALONGA, José Manuel (1997), *Compra e Venda e Empreitada. Contributo para a distinção entre os dois contratos*, in *ROA*, Ano 57, Vol. I, pp. 183- 227;

VICENTE, Dário Moura (2001), *Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: A Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*, in Themis, Revista da FDUNL, Ano II, nº4, pp. 121-144;

WATTERSON, Stephen (2001), *Consumer Sales Directive 1999/44/CE and the impact on English Law*, in ERPL, Vol. 9, nº2 e nº3, pp. 197 a 221;

ZANELATO, Marco Antonio (2003), *Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor*, in RPDC, nº35, pp. 41-65.

Jurisprudência citada²⁰³:

Supremo Tribunal de Justiça:

Ac. de 9/3/2006, Proc. nº 06B066, Relator: Pereira da Silva;

Ac. de 6/7/2004, Proc. nº04B1686, Relator: Noronha do Nascimento;

Ac. de 5/5/2015, Proc. nº1725/12.3TBRG.G1.S1, Relator: João Camilo.

Tribunal da Relação de Coimbra:

Ac. de 22/5/2007, Proc. nº931/03.6TB AVR.C1, Relator: Nunes Ribeiro;

Ac. de 14/11/2006, Proc. nº477/05.8TBILV.C1, Relator: Jorge Arcanjo;

Ac. de 6/12/2011, Proc. nº447/09.7TBVIS.C1., Relator: Sílvia Pires.

Tribunal da Relação de Guimarães:

Ac. de 11/10/2012, Proc. nº 1159/08.4TBVCT.G2, Relator: António Sobrinho;

Ac. de 16/3/2009, Proc. nº282/07.7TB BRG.G1, Relator: Conceição Bucho;

Ac. de 13/10/2011, Proc. nº1327/07.6TBPVZ.G1, Relator: António Sobrinho.

Tribunal da Relação de Lisboa:

Ac. de 5/4/2011, Proc. nº480/07.3TBTVD.L1-1, Relator: Rui Vouga;

²⁰³ Toda a jurisprudência citada encontra-se disponível em www.dgsi.pt.

Ac. de 27/5/2004, Proc. nº3288/2004-2, Relator: Ezaguy Martins;

Ac. de 18/4/2013, Proc. nº3965/08.0TMSNT.L1-8, Relator: Maria Amélia Ameixoeira;

Ac. de 1/3/2012, Proc. nº777/09.8TBALQ.L1-6, Relator: Tomé Ramião;

Ac. de 29/4/2014, Proc. nº2491/11.5 YXLSB.L1-6, Relator: Ana de Azeredo Coelho.

Tribunal da Relação do Porto:

Ac. de 14/10/2003, Proc. nº323025, Relator: Dorval Morais;

Ac. de 8/5/2014, Proc. nº298/11.9TBPFR.P1, Relator: Leonel Serôdio;

Ac. de 2/3/2015, Proc. nº 9455/09.7TBMAI.P1, Relator: Caimoto Jácome;

Ac. de 18/6/2007, Proc. nº 0751464, Relator: Abílio Costa;

Ac. de 15/9/2011, Proc. nº 7679/08.3TBMTS.P1, Relator: Teles de Menezes

Ac. de 24/11/2008, Proc. nº 0856163, Relator: Maria Adelaide Domingos;

Ac. de 15/9/2011, Proc. nº 7679/08.3TBMTS.P1, Relator: Teles de Menezes;

Ac. de 20/04/2010, Proc. nº1859/07.6YIVNG.P1, Relator: Henrique Antunes.

Julgados de Paz do Porto:

Sentença de 7/6/2006, Proc. 111/2006-JP, Relator: Paulo Brito.