



Ana Filipa Assunção

**Os direitos do consumidor em caso de desconformidade
do bem com o contrato na compra e venda de bens de
consumo**

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientadora:
Doutora Elsa Dias Oliveira, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

Março de 2016

Declaração de Compromisso de Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 15 de Março de 2016

Ana Filipa Assunção

Elsa Dias Oliveira
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
Cidade Universitária
1649-014 Lisboa
elsaoliveira@fd.ulisboa.pt

Exmo. Senhor Presidente do Conselho
Científico da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Elsa Dias Oliveira, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, declara, para os devidos efeitos, que concorda com a submissão a provas públicas da dissertação de mestrado da Dra. Ana Filipa Assunção, aluna n.º 004087 do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Lisboa, 14 de março de 2016



*Aos meus pais,
Que nunca me deixaram cair.*

Menções diversas

A presente dissertação encontra-se redigida em língua portuguesa de acordo com o novo acordo ortográfico. O corpo da dissertação incluindo espaços e notas ocupa 199 043 caracteres.

Todas as referências a Diretiva sem qualquer indicação da data referem-se à Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspetos de venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Também as referências a Decreto-Lei sem qualquer indicação da data referem-se ao Decreto-Lei 67/2003, de 8 de Abril.

Todas as decisões jurisprudenciais referenciadas proferidas por tribunais portugueses podem ser encontradas em www.dgsi.pt. Quanto às decisões jurisprudenciais europeias podem ser encontradas em www.curia.europa.eu.

As monografias são citadas pelo autor, título, volume, edição, local, editora, data e páginas. Nas referências seguintes cita-se o autor e o título abreviado se o autor tiver mais do que uma obra citada, caso contrário apenas se cita o autor.

Os artigos de revista citam-se pelo autor, título, nome da publicação, número, data e páginas. Nas referências seguintes cita-se o autor e o título abreviado se o autor tiver mais do que uma obra citada, caso contrário apenas se cita o autor.

As decisões jurisprudenciais citam-se pelo Tribunal, data e nº do processo.

Abreviaturas:

Art.- Artigo

Arts.- Artigos

Pp.- Páginas

P.- Página

Ob. cit.- Obra citada

Vol.- Volume

Ed.- Edição

Ss.- Seguintes

Nº- Número

Reimp.- Reimpressão

Ac.- Acórdão

DL- Decreto-Lei

Al.- Alínea

Proc.- Processo

UE- União Europeia

TJUE- Tribunal de Justiça da União Europeia

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TRP- Tribunal da Relação do Porto

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa

TRC- Tribunal da Relação de Coimbra

TRG- Tribunal da Relação de Guimarães

CRP- Constituição da República Portuguesa

CC- Código Civil

LDC- Lei de Defesa do Consumidor

AAFDL- Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

EDC- Estudos de Direito do Consumo

RFDUNL- Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

RPDC- Revista Portuguesa de Direito do Consumo

FDUNL- Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

JOCE- Jornal Oficial das Comunidades Europeias

Resumo

O presente trabalho científico tem como objetivo analisar o regime dos direitos atribuídos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato na compra e venda de bens de consumo. Nesta medida, importa ter em conta o regime jurídico estabelecido no DL 67/2003, de 8 de Abril, alterado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio, que veio proceder à transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva 1999/44/CE. Pretende-se compreender que tipo de direitos se encontram previstos, os motivos da sua consagração, em que é que consistem e de que modo pode o consumidor exercê-los, sendo que a questão principal a que se deseja dar resposta é de que forma são os direitos estruturados pelo diploma de transposição português. Assim, a análise do regime jurídico consagrado pelo diploma irá ser desenvolvida da seguinte forma: em primeiro lugar, recai sobre o conceito de conformidade do bem com o contrato e, em segundo lugar, sobre os direitos conferidos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato e de que forma estes se relacionam.

No âmbito desta dissertação conclui-se que a solução prevista na lei portuguesa vai no sentido de considerar que não existe uma hierarquia entre os direitos atribuídos ao consumidor, sendo que este pode livremente exercer qualquer um deles consoante a sua escolha, limitado apenas pela impossibilidade e pelo abuso de direito. E portanto, verifica-se uma divergência em relação ao regime da Diretiva no que toca ao modo como os direitos são estruturados, pois nesta impõe-se uma hierarquia entre eles. Apesar de tudo, considero que na verdade, a solução portuguesa acaba por impor uma hierarquia implícita entre os direitos devido à aplicação dos critérios limitadores do direito de escolha do consumidor. Contudo, entendo que esta hierarquia implícita permite, ao contrário da hierarquia rígida prevista pela Diretiva, proteger determinadas situações merecedoras de tutela do ponto de vista do consumidor, o que se encontra de acordo com a *ratio* do DL, visto que o que se pretende exatamente proteger é a posição contratualmente mais débil do consumidor.

Introdução

O Direito do Consumo constitui atualmente um ramo do Direito relativamente recente e em progressivo desenvolvimento, pelo que se revela apelativo e interessante o estudo de questões problemáticas que se colocam no âmbito desta área, de modo a contribuir para a densificação deste ramo jurídico. Numa relação jurídica de consumo, verifica-se uma desigualdade material entre as partes contratantes, sendo que uma das partes, o consumidor, encontra-se numa posição contratual mais débil face à contraparte, o vendedor, que possui maior capacidade e poder negocial. O Direito do Consumo visa assim, atenuar essa desigualdade e repor o equilíbrio contratual entre as partes, acautelando e favorecendo a posição do consumidor. No ordenamento jurídico português, os direitos dos consumidores possuem mesmo dignidade constitucional, encontrando-se previstos no título III relativo aos direitos económicos, sociais e culturais, mais precisamente no art. 60º da Lei Fundamental¹. Trata-se de um ramo extremamente relevante, pois as relações jurídicas de consumo constituem atualmente a maioria das relações do dia-a-dia do cidadão comum, sendo que a nossa sociedade é hoje, uma verdadeira sociedade de consumo, onde todas as mais ínfimas ações são consumistas.

Apesar de alguns Estados-Membros possuírem já algumas normas com o objetivo de proteção do consumidor, nomeadamente Portugal, ao adotar a LDC², a UE veio aprovar em 1999 a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Perante o quadro jurídico existente, a UE sentiu necessidade de regular esta matéria, com o propósito de “assegurar um substrato comum mínimo de direitos em toda a União Europeia” o que apenas poderia ser feito “através da aproximação das legislações nacionais relativas à garantia legal”³ de modo a garantir a efetividade do mercado único eliminando distorções na concorrência originadas pela disparidade de normas em matéria de garantias. O DL 67/2003, de 8 de Abril, alterado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio, veio

¹ Diz-nos o art. 60º, nº 1 da CRP que “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”.

² Lei 24/96, de 31 de Julho (retificada pela Declaração de Retificação 16/96, de 13 de Novembro), alterada pela Lei 85/98, de 16 de Dezembro, pelo DL 67/2003, de 8 de Abril, e pelas Leis 10/2013, de 28 de Janeiro, e 47/2014, de 28 de Julho.

³ Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo, publicada no JOCE, C 307, de 16/10/1996, p. 4.

proceder à transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva 1999/44/CE. O objetivo deste trabalho é justamente o de compreender a razão de ser dos direitos atribuídos ao consumidor consagrados pelo DL, ou seja, os motivos pelos quais se encontram previstos aqueles e não outros, em que é que consistem e de que modo pode o consumidor exercê-los. Pretende-se esclarecer, sendo esta a questão principal a que se deseja dar resposta, de que forma são os direitos estruturados pelo diploma em análise: se de uma forma hierárquica tal como previsto na Diretiva, ou se de uma forma não escalonada, podendo o consumidor optar pelo exercício de qualquer um deles, limitado contudo, pelos critérios da impossibilidade e do abuso de direito. Pretende-se ainda, compreender a *ratio* da opção consagrada pelo legislador português e ainda analisar se esta opção constitui ou não uma solução de louvar. Trata-se de uma questão bastante controversa na doutrina e na jurisprudência, pelo que o que se pretende com esta dissertação contribuir para a sua análise, procurando clarificar algumas dúvidas.

Cabe ainda, neste contexto, proceder a uma delimitação do tema em questão. Ora, não se pretende realizar uma análise de todo o regime jurídico consagrado pelo DL 67/2003 devido às limitações inerentes a este trabalho científico, sendo que apenas me irei debruçar sobre dois aspetos fulcrais previstos pelo diploma: em primeiro lugar, sobre o conceito de conformidade do bem com o contrato, e em segundo lugar, sobre os direitos conferidos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato. A razão de ser desta sequência, explica-se pelo facto de a verificação de uma desconformidade com o contrato, originar na esfera jurídica do consumidor, a possibilidade de este se fazer valer de determinados direitos que lhe são legalmente atribuídos. Nesta medida, a análise das situações que se podem incluir na noção de desconformidade configura um passo logicamente antecedente ao da análise dos efeitos jurídicos que tal desconformidade desencadeia, pelo que se mostra relevante o seu tratamento para o tema primordial desta dissertação. Restringe-se o tema ao contrato de compra e venda de bens de consumo, pois trata-se do contrato paradigmático e mais frequente no âmbito das relações jurídicas de consumo e, nessa medida, que mais problemas jurídicos coloca aos consumidores. Importa também referir que para o objeto do tema em causa, interessa tratar o regime das chamadas garantias legais tradicionalmente opostas às garantias voluntárias. A garantia legal “*decorre diretamente da lei*” e consiste na “*obrigação, sob a responsabilidade do vendedor, de garantir o bom estado do produto vendido assim como as qualidades do*

*mesmo que foram especialmente acordadas*⁴. A garantia voluntária é oferecida “*facultativamente pelo fabricante, pelo vendedor do bem ou ainda por qualquer outra pessoa que participe na cadeia de distribuição do produto*”⁵. Procede-se a esta delimitação, pois os direitos atribuídos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato que pretendo aqui analisar, são os que decorrem diretamente da lei. E por último, cabe esclarecer que os direitos do consumidor em causa são aqueles que este pode invocar perante o vendedor e não perante o produtor, pelo que me irei restringir à responsabilidade do vendedor.

Assim, o tema a que me proponho tratar irá ser desenvolvido da seguinte forma. No primeiro capítulo, irei referir quais as conclusões retiradas pela Comissão Europeia no âmbito do *Livro Verde sobre as garantias dos bens de consumo e serviços pós-venda*⁶, em relação ao regime da garantia legal estabelecido nos diversos Estados-Membros anteriormente à Diretiva 1999/44/CE, particularmente quanto às diversas interpretações da noção de defeito ou vício oculto e, às diferentes possibilidades de recurso à disposição do consumidor, ou seja, os diferentes efeitos da garantia estabelecidos pelos sistemas. Isto para melhorar a compreensão do regime estabelecido na Diretiva, visto que este resultou do estudo dos diferentes regimes jurídicos consagrados nos diversos Estados-Membros, de forma a poder aproximá-los mas tendo em conta, o que já se encontrava neles previsto. No segundo capítulo, será feito um resumo da evolução do regime relativo aos direitos conferidos ao consumidor em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, mencionando as principais conclusões preconizadas nos trabalhos preparatórios e que deram origem ao regime estabelecido na versão final da Diretiva. No terceiro capítulo, será analisado o regime da compra e venda de bens de consumo no ordenamento jurídico português, e conseqüentemente, o DL 67/2003, particularmente os dois aspetos fulcrais do seu regime a que já me referi *supra*. Finalmente, no último capítulo, será analisada a forma como os direitos conferidos ao consumidor pela desconformidade do bem com o contrato se relacionam e como são estruturados tanto pela Diretiva, como pelo DL, sendo que esta análise culmina na problemática que se pretende tratar e dar resposta no âmbito deste trabalho científico: a questão de saber se o DL 67/2003 estrutura os direitos atribuídos ao consumidor de uma forma hierárquica ou se, pelo contrário, não estabelece qualquer ordem de precedência, podendo o consumidor optar pelo exercício de qualquer um deles. Cabe,

⁴ COM (93) 509, de 15/11/1993, pp. 16 e 17.

⁵ COM (93) 509, de 15/11/1993, p. 16.

⁶ COM (93) 509, de 15/11/1993.

quanto a esta questão, conhecer qual a orientação da doutrina e da jurisprudência para posteriormente adotar uma posição, e ainda, no seguimento desta, analisar os critérios limitadores previstos no diploma para assim concluir se a opção do legislador português constitui ou não a mais adequada.

Capítulo I - Enquadramento da temática

1. A garantia legal nos diversos Estados-Membros anteriormente à Diretiva 1999/44/CE

1.1. Considerações gerais

Na década de 70 do século XX, as instituições comunitárias demonstravam já uma preocupação com a proteção do consumidor no que diz respeito às garantias na compra e venda de bens de consumo⁷. Posteriormente, tentou-se incluir na Diretiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos consumidores, uma disposição relativa às garantias do consumidor de bens móveis e serviços pós-venda⁸. Frustrada esta tentativa, a Comissão Europeia, correspondendo ao convite do Conselho para proceder a um estudo aprofundado do tema em apreço, apresentou, em 1993, o *Livro Verde sobre as garantias dos bens de consumo e serviços pós-venda*⁹.

No âmbito deste Livro Verde, a Comissão procedeu a uma análise comparativa das soluções dadas pelos diferentes sistemas jurídicos nacionais no que toca à garantia legal, examinando as suas convergências e divergências. Esta análise será relevante para se compreender a origem dos direitos atribuídos ao consumidor pela Diretiva 1999/44/CE transposta pelo DL 67/2003, na medida em que, esses direitos tiveram em conta o regime já estabelecido nos diferentes sistemas jurídicos, mas com o propósito de aproximar as disposições dos Estados-Membros de forma a assegurar um nível mínimo uniforme de defesa dos consumidores no âmbito do mercado interno.

1.2. Noção de defeito

No contexto do tema em estudo, é importante apreender quais eram as diferentes noções de defeito estabelecidas nos diferentes sistemas jurídicos, visto que, este “*constitui a pedra*

⁷ Veja-se o “Programa preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e de informação dos consumidores (adotado pela Resolução do Conselho de 14/04/1975, in JOCE, C 92, de 25/04/1975), n.ºs 19 e ss., e o “Segundo programa da Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e de informação dos consumidores” (adotado pela Resolução do Conselho de 19/05/1981 (JOCE, C 133, de 3/06/1981), n.ºs 28 e ss..

⁸ Tratava-se do art. 6º que constava da “proposta alterada de diretiva do Conselho relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos consumidores” (JOCE C 73 de 24/04/1992, pp. 7-12), que veio a dar origem à Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993.

⁹ COM (93) 509, de 15/11/1993.

*angular de todo o sistema relativo à garantia legal*¹⁰. Na verdade, é necessário determinar no caso concreto se o vício no bem ou produto deve ser considerado um defeito para efeitos de funcionamento da garantia legal, sem o qual não poderão ser conferidos quaisquer direitos ao consumidor, e portanto afigura-se um passo logicamente antecedente e fundamental para a determinação das pretensões daquele.

A investigação das diferentes definições dadas pelos sistemas jurídicos permitiu à Comissão retirar diversas ilações. A maioria dos Estados-Membros tinha em conta aquele defeito que “*diminui a aptidão do produto para cumprir a sua utilização normal ou para satisfazer a utilização prevista no contrato*”¹¹. Os Estados atribuíam igualmente muita relevância ao estipulado pelas partes no contrato, pois que, o defeito referia-se regularmente à qualidade ou utilização convencionadas. Verificou-se que as legislações mais recentes tinham evoluído para uma obrigação de conformidade com a informação e com as legítimas expectativas do comprador. Concluiu-se ainda, que as noções de aptidão para a utilização normal, vício oculto, vício grave, informação incorreta, qualidade comercial, etc..., eram noções construídas e trabalhadas pela jurisprudência e portanto, o seu significado e alcance era dado pelos juízes que as aplicavam a casos concretos. Por último, em relação a outras características do defeito como o carácter oculto do vício ou o conhecimento do vício por parte do vendedor, constatou-se que as legislações nacionais eram bastante divergentes. Enquanto umas exigiam que o vício estivesse efetivamente oculto, outras apenas rejeitavam a aplicação da garantia legal se o comprador tivesse examinado o bem antes da aquisição e devesse ter descoberto o vício e outras ainda, apenas se o comprador conhecesse o vício no momento da aquisição.

1.3. Efeitos da garantia

Este último aspeto do regime da garantia legal afigura-se o mais relevante visto que, a análise comparativa se centrou nas possibilidades que se ofereciam ao consumidor em caso do bem padecer de um defeito. E ainda, na determinação de quem incumbia a escolha no caso de existirem várias alternativas possíveis.

Concluiu-se que todos os Estados-Membros reconheciam o direito do comprador pedir a anulação do contrato ou a redução do preço, ainda que prescrevessem diferentes condições para o seu exercício. Verificou-se que o direito à reparação era já reconhecido pela Dinamarca, Espanha, Grécia, Irlanda, Países Baixos e Portugal e que nos quatro primeiros

¹⁰ COM (93) 509, de 15/11/1993, p. 29.

¹¹ COM (93) 509, de 15/11/1993, p. 36.

países, o comprador tinha acesso a recursos alternativos caso a reparação se apresentasse insatisfatória ou tardia. Em Portugal, apenas era atribuído o direito à reparação se o vendedor ignorasse, de forma não culposa, o defeito. Quanto ao direito à substituição do produto defeituoso este apenas era reconhecido explicitamente em sete países: Alemanha, Dinamarca, Espanha, Grécia, Irlanda, Países Baixos e Portugal. Constatou-se que a possibilidade de escolha por parte do comprador raramente existia. Quando existia, as condições de aplicação dos diferentes tipos de ação eram de tal forma peculiares que excluía, na prática, a possibilidade de escolha. Além do mais, alguma jurisprudência defendia que o comprador não podia pedir a anulação do contrato por defeitos de gravidade insuficiente, sob pena de incorrer em abuso de direito.

Capítulo II - Antecedentes e aprovação da Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas

1. O Livro Verde sobre as garantias dos bens de consumo e serviços pós-venda

No âmbito do Livro Verde, posteriormente à análise da situação jurídica nos Estados-Membros tal como referido *supra*, a Comissão analisou as possibilidades de harmonização das disposições nacionais relativas ao regime da garantia legal.

Um dos aspetos relevantes trata-se em primeiro lugar de determinar o objeto da garantia, ou seja, os defeitos cobertos por esta. Tal como referido pela Comissão no Livro Verde, “*a questão de determinar os direitos do comprador para reagir perante esses defeitos pode constituir um requisito anterior ou posterior à definição de defeito coberto*”¹² e portanto, configuram questões intimamente ligadas.

Tradicionalmente, a questão da determinação dos direitos atribuídos era prévia à questão da definição de “defeito”. Exemplo disto eram os direitos definidos no CC francês, que consistiam apenas na anulação do contrato e no reembolso parcial do valor pago. Ora, era pelo facto destes direitos possuírem um carácter bastante drástico que os defeitos compreendiam apenas os vícios graves e ocultos. Contudo, alguma doutrina anteriormente à publicação do Livro Verde, defendia já uma noção unitária de defeito coberto adaptando-se depois os direitos do comprador aos tipos de defeito em causa.

Assim, a Comissão propôs no Livro Verde, uma noção de defeito de conformidade de acordo com as expectativas legítimas do consumidor na medida em que, considerava o conceito uma boa síntese da evolução recente das legislações e da jurisprudência de muitos Estados-Membros, que deixaram de distinguir entre a obrigação de entrega e a obrigação de garantia para as substituírem por conceitos mais abrangentes como noção funcional de vício, defeito de conformidade ou ainda “*merchantable quality*” (qualidade comercial).

¹² COM (93) 509, de 15/11/1993, p. 109.

Quanto aos efeitos da garantia, a Comissão constatou que os efeitos tradicionais da garantia legal eram o direito à anulação do contrato ou o direito à redução do preço. No entanto, estes meios mostravam-se demasiados rígidos e insuficientes no contexto das relações de consumo, e alguns sistemas jurídicos tinham introduzido no âmbito da garantia legal os meios tradicionais da garantia comercial que consistiam na substituição ou reparação do bem.

Baseando-se nesta solução, a Comissão propôs no Livro Verde, uma solução de compromisso, salvaguardando a proteção do consumidor mas sem impor ao vendedor de boa-fé um encargo excessivo. Assim, o comprador teria o direito de optar livremente entre um dos quatro direitos seguintes: a anulação do contrato; a redução do preço; a substituição do bem; e a reparação do bem. No entanto, o vendedor teria sempre a possibilidade de opor ao direito requerido, outro meio mais adequado. Além disso, em caso de defeitos de gravidade menor, o vendedor poderia mesmo impor ao consumidor a redução do preço, a não ser que este demonstrasse que o defeito assumia para si uma grande importância. Em relação ao consumidor, este não poderia ser obrigado a suportar mais do que uma tentativa de reparação ou de substituição do bem, sendo que após o insucesso de uma dessas tentativas obtinha o direito à anulação do contrato.

2. A Proposta de Diretiva

A Comissão depois de redigir um anteprojeto de diretiva, adotou formalmente uma proposta em 18 de Junho de 1996, onde se afastou de algumas das soluções propostas no Livro Verde no que toca ao regime da garantia legal.

Em primeiro lugar, no que respeita à noção de defeito, no seu art. 2º, nº 1, estabeleceu o princípio da conformidade do bem com o contrato, contrariamente ao critério da “conformidade com as expectativas legítimas do consumidor” que havia sido sugerido, visto que era um critério que tinha levantado muitas críticas por parte dos vendedores profissionais. No âmbito da proposta, a Comissão referiu que este princípio podia ser considerado como uma “*base comum às diferentes tradições jurídicas nacionais*”¹³ e que se tratava de um critério que tinha sido igualmente adotado pela Convenção de Viena de 1980. A conformidade ao contrato decorria não apenas da conformidade com a redação do contrato mas também da conformidade com determinados critérios estabelecidos no nº 2 do art. 2º da proposta que haviam sido inspirados nas diferentes legislações nacionais e no

¹³ COM (95) 520, de 18/06/1996, p. 11.

art. 35º, nº 2 da Convenção de Viena. Assim, propunha-se o afastamento da distinção tradicional estabelecida em determinadas legislações entre a obrigação de entrega e a garantia legal por vícios ocultos, que suscitava há muito dificuldades teóricas e práticas, em favor do novo conceito de conformidade dos bens com o contrato.

Em relação aos direitos conferidos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato, a Comissão estabeleceu no art. 3º, nº 4 da proposta o direito a escolher entre os quatro meios tradicionais: a resolução do contrato ou a redução do preço, a substituição ou a reparação do bem. E portanto, não propugnou qualquer hierarquia entre eles. No entanto, esta liberdade de escolha era mitigada pela previsão de um prazo limitado a um ano para o exercício do direito à rescisão e pela possibilidade de limitações em caso de defeitos de conformidade menores. Estes direitos encontravam-se igualmente previstos na Convenção de Viena e nas legislações nacionais mais modernas, sendo que as legislações mais tradicionais só reconheciam os dois primeiros e a previsão dos dois últimos iria “*contribuir para adaptar o direito à realidade económica*”¹⁴. Segundo entendimento da Comissão, apesar do consumidor ficar geralmente satisfeito com a substituição ou a reparação, convinha prever sempre a possibilidade de resolução do contrato isto porque, a noção de defeito era bastante ampla e nalguns casos seria o único meio adequado, porque se apresentava como uma boa forma de pressão para os consumidores conseguirem obter a reparação ou a substituição em prazo útil e também, pelo facto de constituir o meio clássico comum a todas as tradições jurídicas.

Posteriormente, o Comité Económico e Social apresentou a 27 de Novembro de 1996 um parecer¹⁵, onde foram apresentadas algumas críticas às soluções previstas na proposta de diretiva. Assim, defendeu que o consumidor poderia fazer valer de forma mais rápida e eficaz o seu direito a um bem em conformidade com o contrato, se possuísse o direito a escolher a modalidade de recurso, desde que tal fosse economicamente aceitável do ponto de vista do vendedor. Defendeu também que, uma rescisão imediata do contrato em caso de meros defeitos menores poderia resultar numa penalização excessiva para o profissional, nomeadamente para pequenos retalhistas. Neste contexto, admitiu como uma possível solução, que em caso de defeitos de conformidade menores, o contrato poderia afastar o direito de rescisão. Por fim, o Comité criticou o facto de a proposta não oferecer qualquer solução nas situações em que o consumidor tivesse feito valer os seus direitos

¹⁴ COM (95) 520, de 18/06/1996, p. 13.

¹⁵ JOCE, C 066, de 3/03/1997, pp. 5-10.

mas não tivesse obtido sucesso. Assim, propôs que o consumidor deveria ter o direito a rescindir o contrato mesmo que já tivesse decorrido mais de um ano após a entrega, se o profissional não acatasse o pedido de reparação ou se não tivesse obtido sucesso na primeira tentativa de reparação.

3. A Proposta alterada da Diretiva

O Parlamento Europeu apresentou, a 10 de Março de 1998, um parecer em primeira leitura¹⁶, que logrou ter algumas implicações no texto final da Diretiva. Ora, no que diz respeito aos direitos conferidos ao consumidor, o Parlamento propôs uma relação de hierarquia entre eles. Assim, em caso de defeito de conformidade, o comprador tinha o direito de optar entre a reparação ou a substituição do bem, sendo que o vendedor era obrigado a conceder esse pedido sem quaisquer encargos ou atrasos indevidos. Situação excepcionada se, em virtude das circunstâncias, apenas uma das possibilidades se mostrasse economicamente adequada, de acordo com os interesses do vendedor e fosse aceitável para o comprador. Apenas se nenhuma das situações anteriores fosse possível ou a tentativa de reparação não pusesse termo ao defeito, o comprador obteria o direito à redução adequada do preço ou à rescisão do contrato.

Na sequência deste parecer, e com base nas observações propostas pelo Parlamento Europeu, a Comissão apresentou, a 31 de Março de 1998, uma proposta alterada da diretiva¹⁷. No que diz respeito às modalidades de recurso, a atribuição dos quatro direitos manteve-se, ou seja, a reparação e a substituição do bem, a redução do preço e a resolução do contrato, mas a liberdade de escolha prevista pela proposta inicial da diretiva foi restringida pela introdução de uma hierarquia entre os direitos. Nesta medida, a Comissão veio a acolher integralmente a solução apresentada pelo Parlamento no que toca à relação entre os direitos do consumidor.

4. O Acordo Político de Posição Comum do Conselho

O Conselho adotou em 24 de Setembro desse mesmo ano uma posição comum tendo em vista a adoção da diretiva¹⁸. Neste Acordo, foram propostos critérios diferentes daqueles que tinham sido apresentados pelo Parlamento no que respeita à limitação da liberdade de

¹⁶ JOCE C 56, de 23/02/1998, p. 4.

¹⁷ COM (1998) 217 final. A proposta alterada encontra-se publicada em JOCE, C 148, de 14/05/1998, pp. 12-20.

¹⁸ JOCE, C 333, de 30/10/1998, pp. 46-55.

escolha entre a reparação e a substituição. Assim, propôs o afastamento do critério da adequação económica para dar lugar aos critérios da impossibilidade e da proporcionalidade, acrescentado fatores indiciadores desta.

Nestes termos, o Conselho acordou que o consumidor poderia requerer num primeiro momento a reparação dos bens ou a sua substituição, sem qualquer custo, a menos que tal se mostrasse impossível ou desproporcionado. Esta obrigação deveria ser cumprida pelo profissional em tempo razoável e sem inconveniente significativo para o consumidor. Clarificou-se que tal seria desproporcionado para o vendedor, se lhe impusesse custos, que em comparação com outro direito, fossem desrazoáveis, tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse desconformidade, o significado da falta de conformidade e a garantia alternativa não acarretasse inconveniente para o consumidor. Se o consumidor não pudesse requerer nem a reparação nem a substituição ou o vendedor não o fizesse em tempo razoável ou sem inconveniente significativo, aquele poderia num segundo momento requerer a redução do preço ou a rescisão do contrato. Mantinha-se assim, a relação de hierarquia entre os direitos proposta no parecer do Parlamento Europeu mas acompanhada por critérios distintos.

Seguidamente, em 17 de Dezembro de 1998, o Parlamento Europeu, em segunda leitura, apresentou algumas alterações à posição comum¹⁹, que foram objeto de um parecer da Comissão ao Conselho²⁰. Em duas dessas alterações, o Parlamento propôs acrescentar nos considerandos, a afirmação de que geralmente a substituição dos bens em segunda mão é impossível e o aditamento de um novo número relativo à ausência de encargos na reparação e na substituição (o atual nº 4 do art. 3º). Foi convocado o Comité de Conciliação que chegou a um texto comum em 18 de Março de 1999, visto que o Conselho não podia aprovar todas as alterações propostas pelo Parlamento. Finalmente, em 5 de Maio de 1999, o Parlamento Europeu aprovou em terceira leitura²¹, a Diretiva 1999/44/CE, cujo regime jurídico farei referência *infra*.

¹⁹ JOCE C 98, de 9/04/1999, pp. 196-226.

²⁰ COM (1999) 16.

²¹ JOCE C 279, de 1/10/1999, pp. 12, 163, 195.

5. A Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas

A Diretiva em análise representou um impulso marcante para a harmonização do direito civil dos países membros da UE²², pois versa sobre pontos nucleares do regime da compra e venda entre consumidores e profissionais, que, por sua vez, representa um dos contratos, senão mesmo o contrato mais importante para a “*vida quotidiana do cidadão comum*”²³, visto que constitui a maioria das relações do seu dia-a-dia.

Trata-se de uma harmonização legislativa europeia que tem como propósito adequar o regime da venda de coisas defeituosas às condições económicas atuais e às necessidades de um mercado único, onde os consumidores possam usufruir, independentemente do Estado em que se situem, de um elevado nível de proteção, afastando-se dos princípios tradicionais “*caveat emptor*” ou “*augen auf, kauf ist kauf!*”

Como resulta dos trabalhos preparatórios da Diretiva e dos primeiros considerandos desta, os objetivos²⁴ do legislador europeu são os seguintes: garantir aos consumidores um nível mínimo de proteção, tanto nas transações internas como internacionais²⁵; facilitar a livre circulação de mercadorias eliminando distorções entre profissionais concorrentes²⁶ e entraves ao desenvolvimento da venda de bens por via das novas tecnologias²⁷ criados pela disparidade de regimes nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, reforçando dessa forma a confiança dos consumidores²⁸; renovar e modernizar as normas jurídicas dos Estados sobre o regime da venda de coisas defeituosas, que já não se adaptavam às atuais condições de uma sociedade de consumo em massa, tal como mencionado no Livro Verde²⁹.

²² Como refere Paulo Mota Pinto, “*constitui a mais importante incursão imperativa das instâncias comunitárias, até à data, no direito contratual interno dos Estados-Membros*”, PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, a Diretiva 1999/44/CE e o Direito Português, EDC, nº 2, Coimbra, 2000, p. 201.

²³ A expressão é de PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., p. 204.

²⁴ Vide, quanto a este aspeto, VICENTE, Dário Moura, Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Diretiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980, “Themis”, RFDUNL, ano II, nº 4, Coimbra, 2001, pp. 123 e ss.

²⁵ Considerando 2 da Diretiva.

²⁶ Considerando 3 da Diretiva.

²⁷ Considerando 4 da Diretiva.

²⁸ Considerando 5 da Diretiva.

²⁹ COM (93) 509, de 15/11/1993, p. 104.

A Diretiva 1999/44/CE constitui uma diretiva de harmonização mínima³⁰, onde se estabelece um nível mínimo e aceitável de medidas de proteção do consumidor, que os Estados podem depois ampliar, ou seja, estabelecer um nível de proteção mais elevado do que a Diretiva, mas nunca podendo ficar aquém desta. Cabe referir que atualmente, tem-se verificado uma mudança de paradigma, pois este princípio da harmonização mínima, tem sido de algum modo afastado pela adoção de diretivas baseadas na harmonização máxima, nomeadamente: a Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011 relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho³¹; a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2008 relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho³²; e a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Maio de 2005 relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) 2006/2004³³.

No que concerne ao regime jurídico que se encontra previsto na Diretiva, e particularmente no que respeita ao regime da garantia legal, esta consagrou no seu art. 2º, nº 1, o princípio fundamental de que “o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”. Assim, ficou consagrado o conceito de conformidade com o contrato de compra e venda, critério que já se encontrava previsto quer na Convenção de Haia de 1964 (arts. 19º, nº 1 e 33º e ss.), quer na Convenção de Viena de 1980, sendo o art. 35º a principal inspiração da Diretiva³⁴. Este critério também já

³⁰ O art. 1º, nº 1 dispõe que a diretiva “tem por objectivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar um nível mínimo uniforme de defesa dos consumidores no contexto do mercado interno”.

³¹ Veja-se o art. 4º desta Diretiva, onde se determina que “os Estados-Membros não devem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente directiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objectivo garantir um nível diferente de protecção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente directiva”.

³² Do art. 22º, nº 1 desta Diretiva resulta que “os Estados-Membros não podem manter ou introduzir no respectivo direito interno disposições divergentes daquelas que vêm previstas na presente directiva para além das nela estabelecidas”.

³³ Resulta do seu Considerando 11 que “o elevado nível de convergência atingido pela aproximação das disposições nacionais através da presente directiva cria um elevado nível comum de defesa dos consumidores”.

³⁴ Veja-se o art. 35º, nº 1 da Convenção de Viena onde se pode ler: “o vendedor deve entregar mercadorias que pela quantidade, qualidade e tipo correspondam às previstas no contrato e que tenham sido embaladas ou acondicionadas de acordo com a forma prevista no contrato”.

tinha sido usado em algumas ordens jurídicas, como a Holanda, Irlanda, Dinamarca, Suécia e Reino Unido. Trata-se de um conceito amplo e unitário de não cumprimento da obrigação do vendedor mais abrangente do que as noções tradicionais de “defeito”, “vício” ou “falta de qualidade da coisa vendida”. E portanto, o legislador europeu como se pôde constatar *supra* pela análise dos trabalhos preparatórios, não seguiu o entendimento sugerido no Livro Verde de alicerçar a garantia legal na noção de conformidade com as expectativas legítimas do consumidor, pois tinha levantado grandes críticas por parte dos setores profissionais³⁵. Porém, não se afastou totalmente a relevância das legítimas expectativas do consumidor, visto que passou a constituir um dos fatores para se aferir a falta de conformidade ao contrato nos termos da al. d) do n° 2 do art. 2°.

Por razões de facilidade de aplicação da norma, o legislador europeu decidiu introduzir uma presunção de conformidade no art. 2° que abarcasse as situações mais comuns³⁶. Nos termos do considerando 8, esclarece-se que se trata de uma presunção ilidível³⁷, que não restringe o princípio da liberdade contratual das partes e que os elementos que constituem a presunção são cumulativos, ou seja, apenas se todos se verificarem se pode presumir a conformidade do bem ao contrato.

A este propósito, é relevante aludir que o conceito de conformidade com o contrato tem-se expandido cada vez mais, no seio da UE, nomeadamente no que toca à regulação de matérias relativas às relações de consumo. No contexto atual, a Comissão Europeia adotou em 6 de Maio de 2015, uma iniciativa legislativa em matéria de regras harmonizadas para o fornecimento de conteúdos digitais e para as vendas em linha de bens. Esta iniciativa é composta por duas propostas de diretiva: uma proposta relativa a certos aspetos que dizem respeito aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais³⁸; e uma proposta relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens³⁹. Estas propostas possuem objetivos comuns, sendo o seu principal objetivo a “*criação de um verdadeiro mercado único digital, em benefício dos*

³⁵ Assim, PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., p. 223. Veja-se também, a exposição de fundamentos da proposta de diretiva, in COM (95) 520, p. 11.

³⁶ Paulo Mota Pinto critica esta solução, afirmando que do ponto de vista técnico-jurídico seria preferível que os elementos constituíssem condições para a conformidade do contrato, tal como previsto no art. 35° da Convenção de Viena e no anteprojeto e proposta de diretiva, PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., p. 225.

³⁷ Quanto a este ponto reitero a posição de Paulo Mota Pinto, que entende que a possibilidade de ilidir a presunção significa que “*apesar de se verificarem no caso concreto todos os elementos previstos no artigo 2°, n° 2, ainda assim os bens podem não ser de considerar conformes com o contrato*”, PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., pp. 226 e 227.

³⁸ COM (2015) 634.

³⁹ COM (2015) 635.

consumidores e das empresas”, através da eliminação dos “*principais obstáculos relacionados com o direito dos contratos e que dificultam o comércio transfronteiras*”⁴⁰. Para que este objetivo se concretize efetivamente, entende a Comissão que “*são necessárias regras uniformes em relação a diversos elementos essenciais do direito dos contratos celebrados com os consumidores que, ao abrigo da atual abordagem de harmonização mínima, conduziram a disparidades e a obstáculos ao comércio na União Europeia*”⁴¹. Assim, também aqui se faz notar a mudança de paradigma das Diretivas europeias, a harmonização mínima a dar lugar a uma harmonização plena de regras, entendendo-se que só assim se garante um elevado nível de proteção do consumidor. Ora, da análise destas propostas de diretiva, verifica-se que o legislador europeu continua, atualmente, a ter preferência pelo conceito de conformidade com o contrato. Assim, o art. 4º da proposta relativa às vendas em linha de bens e outras vendas à distância e, o art. 6º da proposta relativa aos conteúdos digitais dispõem que os bens e os conteúdos digitais devem estar em conformidade com o que foi prometido no contrato⁴². Contudo, ao contrário da Diretiva 1999/44/CE, que estabelece uma presunção de conformidade com o contrato se se verificarem todos os critérios que nela se encontram previstos, nas propostas são enunciados uma série de requisitos objetivos adicionais e que devem ser cumpridos, na ausência de cláusulas contratuais explícitas, que especifiquem os critérios de conformidade⁴³. Cabe ainda referir que se estas propostas de diretiva vierem a ser aprovadas, o âmbito de aplicação da Diretiva 1999/44/CE irá ser restringido aos contratos de compra e venda de bens de consumo presenciais, na medida em que os contratos de venda à distância serão submetidos ao regime da eventual e futura diretiva relativa às vendas em linha de bens e outras vendas à distância, e os bens que sejam utilizados exclusivamente como meio de transporte de conteúdos digitais fornecidos ao consumidor passar-lhes-á ser aplicado a diretiva relativa aos conteúdos digitais⁴⁴.

Regressando ao regime da Diretiva, importa referir quais os elementos que fazem funcionar a presunção de conformidade com o contrato. O primeiro elemento previsto na al. a) do nº 2 do art. 2º, refere-se à conformidade dos bens com a descrição que deles é feita

⁴⁰ COM (2015) 634, p. 2 e COM (2015) 635, p. 2.

⁴¹ COM (2015) 635, p. 21.

⁴² COM (2015) 635, p. 28 e COM (2015) 634, pp. 29 e 30.

⁴³ Veja-se a exposição de motivos das propostas, *in* COM (2015) 635, p. 16 e COM (2015) 634, p. 13.

⁴⁴ Veja-se o art. 19º da proposta de diretiva relativa aos contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens, *in* COM (2015) 635, p. 33; e o art. 20º da proposta de diretiva relativa aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, *in* COM (2015) 634, p. 36.

pelo vendedor e à posse das qualidades do bem que o vendedor⁴⁵ tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo. A al. b) do mesmo artigo, dispõe sobre a adequação dos bens ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor aquando da celebração do contrato e que este tenha aceite⁴⁶. A al. c), praticamente inalterada desde a proposta de diretiva, prevê a adequação às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo. E por último, a al. d) determina que os bens devem apresentar as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente às declarações públicas sobre as características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade e na rotulagem⁴⁷.

Posto isto, o art. 2º, nº 3 veio estabelecer que não existe falta de conformidade se, no momento em que for celebrado o contrato, o consumidor tiver conhecimento dessa falta ou não puder razoavelmente ignorá-la ou se esta decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor. Como entende Paulo Mota Pinto, desta norma não pode resultar para o comprador um verdadeiro ónus de examinar a coisa, tal como o previsto no art. 36, nº 1 da Convenção de Viena, mas apenas “*um dever de diligência quanto à percepção de faltas de conformidade ostensivas no momento da conclusão do contrato*”⁴⁸. De facto, não se deve impor um ónus tão exigente a um consumidor, mero cidadão comum, que à partida não possuirá quaisquer conhecimentos especiais sobre o bem em questão, pelo que, encontrando-se numa posição contratualmente mais frágil esta deve ser tutelada⁴⁹.

O nº 4 do art. 2º veio ainda prever uma exceção à al. d) do nº 2 do art. 2º quanto à responsabilidade do vendedor pela desconformidade do bem por declarações públicas, se:

⁴⁵ O Parlamento Europeu propôs, em primeira leitura, a inserção da descrição dos bens pelo produtor, *in* JOCE C 56, de 23/02/1998, p. 4. Contudo, a alteração não foi acolhida pois a descrição pelo produtor em declarações públicas, nomeadamente na rotulagem, já se encontra abrangida pela al. d) do nº 2 do art. 2º.

⁴⁶ Assim, eliminou-se da versão final da Diretiva, a referência a um uso específico apenas comunicado, expressa ou tacitamente, pelo consumidor ao vendedor, passando a exigir-se a aceitação por parte deste. Foi ainda suprida a exceção relativa à demonstração, de acordo com as circunstâncias, que o consumidor não tinha tido em conta as explicações do vendedor quanto a esse uso específico.

⁴⁷ Esta alínea foi objeto de várias alterações ao longo da fase preparatória da Diretiva, mas foi o Conselho que fixou o que viria a ser a redação final da alínea, acrescentando às qualidades a relevância do desempenho do bem, limitando-os aos habituais nos bens do mesmo tipo, e esclareceu ainda que as declarações públicas deveriam referir-se a características concretas do bem.

⁴⁸ PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias...*, ob. cit., p. 246.

⁴⁹ Contudo, M. Tenreiro e S. Gómez, diferenciam determinadas situações no que toca ao dever de diligência do consumidor. Assim, dão o exemplo de um consumidor que coleciona aviões em miniatura há muito tempo, não pode razoavelmente ignorar uma falta de conformidade no momento da compra de um novo avião, sendo que o mesmo já não se pode exigir em relação a um consumidor que adquire pela primeira vez um avião, TENREIRO, Mário & GÓMEZ, Soledad, *La Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et de garanties des bienes de consommation*, *Revue Européenne de droit de la consommation*, 2000, p.17, nota (47).

este demonstrar que não tinha conhecimento nem podia razoavelmente ter conhecimento da declaração em causa; demonstrar que, até ao momento da celebração do contrato, a declaração em causa fora corrigida, ou; demonstrar que a decisão de comprar o bem de consumo não poderia ter sido influenciada pela declaração em causa. A Diretiva prevê assim, a exclusão da responsabilidade do vendedor, no caso de a desconformidade resultar de um facto de terceiro.

Em relação ao momento em que se afere a falta de conformidade, a Diretiva estabeleceu no seu art. 3º, nº 1, que o vendedor deve responder perante o consumidor por qualquer desconformidade que exista no momento da entrega do bem.

No que diz respeito aos direitos atribuídos ao consumidor pela Diretiva, esta prevê no seu art. 3º, os quatro direitos já reconhecidos pela Convenção de Viena⁵⁰ e igualmente por alguns Estados-Membros como foi referido *supra*: a reparação ou a substituição do bem, a rescisão do contrato ou a redução do preço⁵¹.

⁵⁰ Veja-se os arts. 46º a 52º da Convenção de Viena.

⁵¹ O anteprojeto da diretiva propunha ainda o direito do consumidor de suspender o pagamento do preço, se este ainda não tivesse sido pago na sua totalidade, até obter a satisfação da sua pretensão, mas que não foi acolhido na proposta. Contudo, este direito já se encontra previsto em muitas ordens jurídicas dos Estados-membros, como é o caso português, a denominada *exceptio non adimpleti contractus* prevista no art. 428º do nosso CC.

Capítulo III - A compra e venda de bens de consumo no ordenamento jurídico português

1. A tutela do consumidor

O contrato de compra e venda encontra-se regulado nos arts. 874º e ss. do CC, e trata-se do contrato “*pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço*”, nos termos do art. 874º do mesmo Código. O contrato de compra e venda de bens de consumo, sendo um subtipo do contrato de compra e venda, é regulado por regras especiais que se destinam a proteger os interesses dos consumidores e que se encontram previstas em diplomas transversais, como a LDC e o DL 67/2003, que “*procede à transposição para o direito interno da Diretiva nº 1999/44/CE*” segundo o seu art. 1º, nº 1. Nessa medida, as regras especiais prevalecem sobre as regras gerais previstas no CC, que apenas serão subsidiariamente convocadas a reger relações de consumo⁵², sendo que estas constituem atualmente a maioria das relações na vida quotidiana do cidadão comum⁵³.

A tutela do consumidor, era já assegurada pela LDC que foi posteriormente alterada pelo DL 67/2003, quando este entrou em vigor. Assim, aquela lei dispõe hoje no seu art. 3º, al. a) que o consumidor tem direito à qualidade dos bens e serviços o que se caracteriza por estes deverem 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 expectativas do consumidor*”, nos termos do art. 4º da mesma lei. Ora, esta imposição de uma garantia de qualidade vem a ser concretizada pelo DL 67/2003, diploma sobre o qual me irei debruçar no âmbito deste trabalho científico.

⁵² Segundo Mário Frota, uma relação jurídica de consumo configura “*o acto (em geral, um contrato) pelo qual o consumidor obtém de um profissional um produto ou serviço que visa satisfazer uma necessidade pessoal ou familiar*”, FROTA, Mário, *Coisas Móveis Duradouras: o regime das garantias no ordenamento jurídico português*, RPDC, nº 67, Coimbra, 2011, p. 144. Sendo que, consumidor é todo “*aquele a quem seja fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*” (art. 1º-B, al. a) do DL 67/2003). Assim, encontram-se excluídas as relações jurídico-civis, isto é, entre particulares e as relações jurídicas entre profissionais.

⁵³ Como refere Menezes Leitão, “*o regime civil tradicional relativo às perturbações da prestação no contrato de compra e venda tem vindo sucessivamente a perder aplicação no âmbito das relações de consumo*”, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo, Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, p. 37.

2. O método de transposição adotado pelo legislador português

Neste contexto, importa referir que o método escolhido pelo legislador português para a transposição da Diretiva 1999/44/CE, foi assim o método da transposição reprodutiva em diploma avulso. Esta opção foi muito criticada por alguma doutrina, que desaprovou o facto de o diploma legal se prender muito ao texto da Diretiva, derogando normas idênticas já existentes na ordem jurídica portuguesa⁵⁴. No que toca aos direitos do consumidor, a LDC, já previa no seu art. 12º, nº 1 (assim como o art. 914º do CC) o direito à reparação ou à substituição do bem e o direito à redução do preço ou à resolução do contrato⁵⁵, ao contrário de outras ordens jurídicas como a alemã, a italiana ou a francesa, onde a Diretiva foi verdadeiramente inovadora quanto a este aspeto⁵⁶. Poderia ter-se optado por uma transposição mínima na LDC, visto que, se já dispúnhamos de uma lei que regulava a matéria objeto da Diretiva, por razões de economia legislativa, porque não aproveitar esse diploma para incorporar as regras materiais impostas por esta e que ainda não se encontravam previstas ou que eram incompatíveis com as que resultavam daquela lei? Desta forma, o legislador evitava ter mais uma lei avulsa que propícia o aparecimento de contradições e incongruências entre os diplomas e dificulta a aplicação da lei pelo juiz devido à dispersão legislativa, além de que mantinha e respeitava o avanço já alcançado pelo direito nacional no âmbito da compra e venda de bens de consumo⁵⁷. Outra opção mais ambiciosa, seria a transposição extensiva no CC, ou seja, a extensão ao direito comum das exigências da Diretiva e da LDC, deixando apenas para esta algumas regras exclusivas da venda de bens de consumo. Esta solução foi prosseguida na Alemanha, onde se optou pela “solução grande” em detrimento da “solução pequena”, sendo que o legislador modernizou aspetos nucleares da parte geral e do direito das obrigações do

⁵⁴ Assim, Calvão da Silva, afirmando que “a via da facilidade e do seguidismo trilhada levou mesmo ao ponto de o legislador intervir na Lei nº 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor), não para alterar soluções nela vertidas ou aditar eventuais soluções novas da Directiva, mas pura e simplesmente para dela retirar boas regras (apenas) agora consagradas no instrumento supranacional e reproduzidas no diploma de transposição”, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 21 e ss.

⁵⁵ O art. 12º, nº 1 dispunha que “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”.

⁵⁶ Veja-se, no que diz respeito ao direito francês, FRANK, Jérôme, *Directive 1999/44 du 25 Mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, EDC, nº 2, Coimbra, 2000, pp. 177 e 178, que refere como uma das principais modificações introduzidas pela Diretiva na legislação francesa o alargamento das possibilidades de recurso legais, passando-se a prever a possibilidade de reparação e de substituição do bem.

⁵⁷ Calvão da Silva afirma que esta solução “teria sido possível, desejável e preferível”, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., pp. 23 e ss.

BGB⁵⁸. Em Portugal, no “Anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva 1999/44/CE para o direito português – exposição de motivos e articulado”, o seu autor, Paulo Mota Pinto, apresentou duas propostas em alternativa: a primeira possibilidade seria a transposição por alteração do CC e da LDC; e a segunda possibilidade seria a transposição em diploma avulso⁵⁹. Apesar da clareza e persistência com que Paulo Mota Pinto defendia a primeira solução, o legislador acabou por optar pela segunda solução minimizadora, a dita “desaconselhada”⁶⁰.

3. O conceito de conformidade do bem com o contrato

3.1. Considerações gerais

O princípio da pontualidade dos contratos, encontra-se previsto no art. 406º, nº 1 do CC, que estabelece que todos os contratos devem ser pontualmente cumpridos. Por sua vez, o art. 762º, nº 1 do CC concretiza este princípio, determinando que o devedor cumpre a sua obrigação quando realiza a prestação a que se encontra vinculado. Há quem entenda que o conceito de conformidade estabelecido no nº 1 do art. 2º do DL 67/2003, que corresponde, *ipsis verbis*, ao nº 1 do art. 2º da Diretiva, já se encontra abarcado por estes preceitos⁶¹. E portanto, entendem que esta transposição do conceito “conformidade com o contrato” não era obrigatória porque não se afigura uma noção inovadora perante o Direito português, designadamente face ao regime da empreitada e da compra e venda no CC e na LDC. Invocam um argumento literal, fazendo referência à terminologia que já se encontra vertida

⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm, A Transposição da Directiva sobre Compra de Bens de Consumo para o Direito Alemão, *EDC*, nº 3, Coimbra, 2001, pp. 49 e ss. O mesmo sucedeu no direito grego, austríaco e francês que aproveitaram igualmente, a transposição da Diretiva para remodelar o regime geral da compra e venda defeituosa, modelando-o ao novo regime dos contratos de consumo. No direito italiano e belga, a transposição foi feita para os respetivos Códigos Civis, mas contrariamente aos anteriores, o novo regime apenas se aplica aos contratos de compra e venda de bens de consumo.

⁵⁹ PINTO, Paulo Mota, Anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva 1999/44/CE para o Direito português - exposição de motivos e articulado, *EDC*, nº 3, Coimbra, 2001, pp. 165 e ss.

⁶⁰ Assim também, Calvão da Silva critica a solução optada pelo legislador, reforçando que a transposição extensiva no Código Civil teria a sua preferência, visto que este, “*por definição, é o Código dos cidadãos, muito em especial das pessoas comuns ou pessoas simples, os consumidores na coeva linguagem*”, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., pp. 30 e ss.. *Idem*, VICENTE, Dário Moura, ob. cit., p. 143 e BAUERMANN, Sandra, A Transposição da Diretiva 1999/44/CE para o Direito Português e breves considerações sobre algumas soluções adotadas pela Espanha e Alemanha, *RPDC*, nº 51, Coimbra, 2007, p. 235. Esta autora entende que “*a opção minimizadora acaba por acarretar acentuada fragmentação e dispersão, por diversos diplomas, do regime da compra e venda*”, pelo que, “*seria adequado integrar um regime geral da conformidade na compra e venda, para além do âmbito das compras realizadas por consumidores a profissionais*”.

⁶¹ Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., pp. 57 e ss. e LARCHER, Sara, *Contratos Celebrados Através da Internet: Garantias dos Consumidores Contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo*, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2005, p. 183.

em várias normas do nosso sistema jurídico: o art. 1207º do CC (“*O empreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que for convencionado, e sem vícios...*”); o art. 1043º, nº 1 do mesmo Código (“*...o locatário é obrigado a manter e restituir a coisa... em conformidade com os fins do contrato*”); o art. 469º do Código Comercial (“*...cousa conforme à amostra...*”); etc. E também, apresentam um argumento de cariz sistemático, defendendo que a obrigação de entrega a cargo do vendedor prevista no art. 879º, al. b), do CC, considera-se cumprida se o bem recebido for o bem devido por contrato, não bastando para tal que o vendedor entregue “um qualquer” bem, visto que o artigo não prevê a obrigação de garantia dos defeitos da coisa ao contrário do CC francês e do CC italiano⁶². Contudo, outros autores entendem que as regras tradicionais não estão adaptadas às modernas relações de consumo em massa, na medida em que, a prática tem demonstrado que a desconformidade não é equiparada ao incumprimento da obrigação, e nesses termos, o princípio da pontualidade não é plenamente aplicado⁶³. De facto, há que concordar com esta última posição, pois uma análise do regime da compra e venda de coisas defeituosas vertido nos arts. 913º a 922º do CC permite concluir que este é bastante protetor do vendedor e muitas situações de desconformidade ficam fora da tutela da lei. O regime civil faz uma distinção entre o incumprimento da obrigação de entrega da coisa que segue as regras gerais do incumprimento das obrigações (arts. 798º e ss.) e a obrigação de garantir que a coisa se encontre isenta de defeitos, enquadrada no regime do erro ou considerada como uma violação de obrigação acessória, e não como uma violação da obrigação principal elencada no art. 879º al. b), sendo tratada como cumprimento defeituoso (art. 799º, nº 1). Nesta medida, a noção de cumprimento defeituoso que deveria ser equiparada ao incumprimento, é tratada pela lei ainda como cumprimento, ideia algo contraditória, visto que o vendedor só cumpre verdadeiramente a sua obrigação se entregar a coisa como ela deve ser entregue, de acordo com o que foi contratualmente estipulado. Deve existir uma correspondência entre aquilo que se entrega e aquilo que era devido pelo contrato. Outra grande distorção do regime consiste na exclusão da responsabilidade do vendedor, se este não conhecer ou não devesse conhecer os defeitos da coisa vendida (art. 914º e 915º), ou seja, se tiver agido sem culpa, fazendo recair esse risco sobre o comprador. Acresce

⁶² Nos termos do art. 1603º do CC francês e do art. 1476º do CC italiano, o vendedor tem duas obrigações principais distintas: a de entregar a coisa e a de garantir que a coisa vendida se encontre isenta de vícios.

⁶³ Defendendo esta inadequação das regras tradicionais, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 187. *Idem*, Carlos Ferreira de Almeida referindo que a “*alteração do paradigma comercial acarretou também a inadequação do regime jurídico*”, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente*, “Themis”, *RFDUNL*, Ano II, nº 4, 2001, pp. 110 e ss.

ainda o facto de o comprador ter um excessivo ónus de verificação das qualidades e idoneidade da coisa para o fim previsto (*caveat emptor*), não sendo o vendedor responsabilizado pelos vícios aparentes da coisa⁶⁴.

Assim, parece que a noção de conformidade prevista no diploma de transposição consiste numa noção inovadora no Direito português, que veio uniformizar várias situações que anteriormente tinham um tratamento diferente. Trata-se de um conceito amplo e abrangente, que em termos práticos torna irrelevante a antiga distinção que se fazia entre os conceitos de vício, falta de qualidade ou defeito⁶⁵.

A doutrina discute se o conceito de conformidade abrange apenas os vícios da própria coisa ou se também abrange os vícios de direito. Há quem defenda, que o regime dos vícios de direito, ou seja, da compra e venda de bens onerados (art. 905º do CC) não se encontra contido na noção e portanto, não é regulado pelo diploma, apresentando os seguintes argumentos: que dos trabalhos preparatórios da Diretiva transposta nunca resultou a intenção de abranger a venda afetada por vícios de direito; que o DL nunca se refere à insuficiência do direito transmitido mas apenas à falta de conformidade do bem com o contrato; e que os direitos previstos com vista à reposição da conformidade são manifestamente incompatíveis com aquela figura (prevê-se a reparação e a substituição, e não a convalescença do contrato tal como resulta do art. 906º do CC)⁶⁶. Contrariamente a esta posição, argumenta-se que a definição de reparação constante do art. 1º, nº 2, al. f), da Diretiva e que foi transposta, sem qualquer modificação, para o art. 1º B, al. h), do DL 67/2003⁶⁷ parece poder compreender a expurgação dos ónus e encargos a que se refere o art. 907º do CC, e que face ao art. 2º a venda de um bem onerado será uma hipótese de

⁶⁴ Estas distorções são apontadas por Menezes Leitão como as grandes distorções do regime tradicional que prejudicam a posição dos consumidores, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O Novo Regime...*, ob. cit., pp. 37 e ss.

⁶⁵ Assim, LARCHER, Sara, ob. cit., p. 177. Veja-se o Ac. do STJ, de 06/06/2013, proc. nº 8473/07.4TBCSC.L1.S1 onde se pode ler: “a expressão «vícios», tendo um conteúdo pejorativo, abrangerá as características da coisa que levam a que esta seja valorada negativamente, enquanto a «falta de qualidades», embora não implicando a valoração negativa da coisa, a coloca em desconformidade com o contrato”.

⁶⁶ Neste sentido, PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias...*, ob. cit, p. 234; LARCHER, Sara, ob. cit., pp. 180 e ss. e ALVES, Maria Miguel dos Santos, *Os Direitos dos Consumidores em Caso de Desconformidade da Coisa Comprada e a Sua Articulação com o Abuso do Direito*, FDUNL, Lisboa, 2010/2011, p. 53. *Idem*, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., p. 57, mas admitindo que tenha sido “uma pena que a Diretiva não tenha abrangido os chamados vícios de direito e que o legislador nacional não tenha estendido o regime, numa configuração unitária da garantia contra vícios materiais e vícios jurídicos”, sendo que a estes últimos continua a ser aplicado o regime geral previsto nos arts. 905º e ss. do CC.

⁶⁷ O art. 1º B, al. h), dispõe que “para efeitos de aplicação do disposto no presente decreto-lei, entende-se por: «reparação», em caso de falta de conformidade do bem, a reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato”.

falta de conformidade com o contrato, na medida em que a lei não faz qualquer distinção entre vícios físicos e vícios jurídicos⁶⁸.

De facto, apesar de não se afetar as qualidades fáticas da coisa mas sim a situação jurídica em si mesma, não se descortina na lei qualquer razão plausível para diferenciar o regime aplicável aos vícios de direito. Além disso, sendo a noção de conformidade um conceito amplo e unitário, intencionalmente criado para abarcar várias situações possíveis de incumprimento da obrigação do vendedor, porque não abarcar também estas? Na verdade, se o vendedor entregar um bem onerado ao comprador sem que essa oneração tenha sido contratualmente acordada, notoriamente que o bem não se apresentará conforme ao contrato. Nesta medida, a reparação, sendo uma noção igualmente abrangente, será um “remédio” suscetível de repor novamente a conformidade com o contrato através da expurgação pelo vendedor dos ónus jurídicos. Parece-me também ser uma posição a perfilhar, por se encontrar de acordo com as intenções de proteção da posição do consumidor, submetendo-se estas situações a um regime jurídico que lhe é mais favorável do que o previsto no regime tradicional, e nessa medida encontra-se dentro da teleologia da lei. Pode-se ainda indicar como argumento, o facto da própria Comissão Europeia demonstrar já uma preocupação de abranger os vícios de direito na noção de desconformidade do bem com o contrato, na medida em que na proposta de diretiva relativa às vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens e na proposta de diretiva relativa aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais referidas *supra*, dispõe-se que os bens e os conteúdos digitais “devem estar isentos de quaisquer direitos de terceiros, incluindo em matéria de propriedade intelectual, de modo a que os conteúdos digitais possam ser utilizados em conformidade com o contrato”⁶⁹.

Discutíveis são também as situações em que o bem entregue é totalmente diverso do acordado, os designados casos de *aliud pro alio*. Nestes casos, se se vendeu um frigorífico

⁶⁸ Assim, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O Novo Regime...*, ob. cit., p. 45; CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 188 e GOMES, Manuel Januário da Costa, *Ser ou não ser conforme, eis a questão: em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo*, *Estudos de Direito das Garantias*, Vol. II, Coimbra, 2010, p. 124.

⁶⁹ *Vide*, respetivamente, os arts. 7º e 8º da proposta de diretiva relativa às vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens e da proposta de diretiva relativa aos contratos de fornecimentos de conteúdos digitais, in COM (2015) 635, p. 29 e COM (2015) 634, pp. 30 e 31. Segundo o considerando 21 da proposta de diretiva relativa às vendas à distância, “a conformidade deve abranger tanto os vícios materiais como os vícios jurídicos” sendo que, “os direitos de terceiros e outros vícios jurídicos podem impedir efetivamente o consumidor de usufruir dos bens em conformidade com o contrato, se o titular legítimo obrigar o consumidor a cessar de violar esses direitos” e “por conseguinte, o vendedor deve garantir que os bens estão isentos de qualquer direito de terceiros que impeça o consumidor de usufruir dos bens em conformidade com o contrato”, in COM (2015) 635, p. 22. Assim também, o considerando 31 da proposta de diretiva relativa aos conteúdos digitais, in COM (2015) 634, p. 22.

e se entregou uma máquina de lavar roupa, poderia dizer-se que a questão da conformidade não chega a ser colocada e portanto, estaríamos perante uma clara situação de incumprimento contratual, submetida ao regime geral (arts. 798º e ss. do CC). Isto porque, segundo esta linha de raciocínio, o conceito de conformidade pressupõe um substrato mínimo de correspondência entre o objeto entregue e o objeto acordado⁷⁰. Contrariamente, entende-se que apesar de existir uma “*máxima falta de correspondência*”⁷¹ entre aquilo que se entrega e aquilo que era devido, na verdade, não existe qualquer paralelismo entre o ser (a coisa como é) e o dever ser (como deverá a coisa ser)⁷², pelo que se pode ainda incluir na noção comunitária de falta de conformidade do bem com o contrato devido à grande amplitude deste conceito⁷³. Além do mais, se a Diretiva não define conformidade talvez seja um indício forte de que o legislador europeu pretendeu abranger várias modalidades de conformidade, reconduzindo diversas situações ao mesmo regime jurídico. Mais uma vez, esta posição encontra-se de acordo com o objetivo de proteção do consumidor propugnado pela Diretiva e pelo diploma português. Por maioria de razão, concordo igualmente com a posição que entende ser subsumível na noção de falta de conformidade com o contrato, as situações de entrega de quantidade inferior à acordada e as situações em que se entrega um bem do tipo diverso do pactuado⁷⁴.

Como observa Ferreira de Almeida, “*a introdução deste conceito, permitiu duma só penada e em ruptura com tradições entretanto desajustadas*” dispensar a “*recondução da venda de coisa defeituosa aos regimes do erro, circunscrito ao seu lugar próprio na formação do contrato, e da garantia edilícia*”, além de que, unificou o conceito de defeito, “*que englobava, mas distinguia vícios da coisa (ocultos ou aparentes) e falta de*

⁷⁰ Por exemplo, haveria um mínimo de correspondência se o objeto do acordo fosse um “Iphone” mas fosse entregue um telemóvel normal. Defendendo a não inclusão no conceito de conformidade das situações de *aliud pro alio*, veja-se CORDEIRO, António Menezes, Direito das Obrigações, Vol. II, reimp. da 1ª ed., Lisboa, AAFDL, 1994, pp. 440 e ss.

⁷¹ A expressão é de Paulo Mota Pinto *in* PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., p. 233, nota (85).

⁷² Seguindo o entendimento de Carlos Ferreira de Almeida, “*conformidade é uma relação deontica entre duas entidades, a relação que se estabelece entre algo como é e algo como deve ser*”, ALMEIDA, Carlos Ferreira da, Direito do Consumo, Lisboa, Almedina, 2004, p. 159.

⁷³ Vide, esta discussão, *in* PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., p. 233, nota (85). O autor assevera que a amplitude da noção de falta de conformidade permite concluir que esta “*não inclui apenas casos de vício ou falta de qualidade da coisa, mas igualmente a entrega em quantidade inferior à acordada ou de um bem de tipo diverso do pactuado, e pode mesmo (pelo menos nos casos de venda de coisa genérica) abranger as hipóteses de aliud pro alio*”. Também neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 44; CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 188; GOMES, Manuel Januário da Costa, ob. cit., p. 124 e LARCHER, Sara, ob. cit., p. 80.

⁷⁴ Como refere Menezes Leitão, “*a falta de conformidade não pressupõe, por isso, uma apreciação negativa da situação como sucede com o conceito de defeito da coisa, referido no art. 913º, havendo, por exemplo, falta de conformidade, quando se encomenda um veículo fabricado este ano e é entregue um modelo do ano anterior*”, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 44.

*qualidades (peius), qualquer deles, por sua vez, distintos da diferença de identidade (aliud pro alio) e da insuficiente quantidade (minus)*⁷⁵. Com a introdução da noção de conformidade, verificou-se uma mudança de paradigma, pois o vendedor não tem apenas a obrigação de entregar a coisa vendida, mas sim a obrigação de entregar a coisa conforme com o contrato, pelo que só assim cumpre devidamente a sua prestação. Desta forma, evoluiu-se para uma “*concepção monista do cumprimento da obrigação de entrega conforme com o contrato, em que a entrega e a conformidade formam um duplo requisito dum só acto unitário de cumprimento*”⁷⁶. Assim, ficam fora do âmbito de aplicação da noção de conformidade apenas os casos de recusa total de entrega do bem, de impossibilidade de cumprimento imputável ao vendedor e mora no cumprimento que são submetidos ao regime geral previsto no CC (arts. 798º e ss.).

A diferença entre estas situações está nos recursos possíveis para fazer face à desconformidade, que variam consoante o tipo de desconformidade em causa. Ao contrário das situações de falta de qualidade do bem, existindo uma diferença de identidade, a reparação não será logicamente possível, dependendo a reposição da conformidade da substituição do bem por outro diferente⁷⁷. Igualmente, nas hipóteses de vícios de direito, a desconformidade será suscetível de ser reposta através da expurgação dos ónus ou limitações que, como ficou *supra* exposto, pode ser reconduzida ao conceito de reparação previsto no DL 67/2003. Concluindo, a natureza da desconformidade limita as possibilidades de recurso que se encontram à disposição do consumidor, podendo integrar o critério da impossibilidade previsto no art. 4º, nº 5 do diploma em análise.

A este propósito, cumpre ainda realçar que o DL 67/2003, no seu art. 3º, nº 1 dispõe que o momento relevante para se aferir a conformidade com o contrato e determinar a responsabilidade do vendedor é o momento da entrega do bem e não o momento da celebração do contrato. O diploma transpõe de forma idêntica o art. 3º, nº 1 da Diretiva 1999/44/CE, tendo como propósito proteger a posição do consumidor, ao estabelecer que este não pode ser responsabilizado por desconformidades quando o bem não se encontre na sua esfera de domínio mesmo que o contrato já tenha sido celebrado.

⁷⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, ob. cit., p.161.

⁷⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, ob. cit., p. 160.

⁷⁷ Acentuando este aspeto, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 188.

3.2. Os critérios legais para a apreciação da conformidade do bem com o contrato

A conformidade do bem com o contrato deve ser apreciada em função da comparação do bem devido de acordo com os elementos que integram o contrato com o bem efetivamente entregue. Nas palavras de Jorge Morais Carvalho, “*a conformidade é sempre avaliada pela operação que consiste em comparar a prestação estipulada (explícita ou implicitamente) no contrato e a prestação efetuada*”⁷⁸.

O DL prevê critérios no seu art. 2º, n.º 2, que facilitam a aplicação do princípio da conformidade com o contrato, tal como o n.º 2 do art. 2º da Diretiva. São critérios que permitem determinar a coisa contratualmente devida, ou seja, auxiliam a precisar o que faz parte do contrato, na falta de outras cláusulas especificamente acordadas pelas partes, referindo-se às situações mais comuns e valendo assim como “*regras legais de integração do negócio jurídico*”⁷⁹. Tal como a Diretiva, o diploma de transposição consagra um sistema de presunções, mas com uma diferença. Enquanto, os critérios na Diretiva são formulados pela positiva, ou seja, presume-se a conformidade, se cumulativamente se verificarem todas as situações elencadas; no DL são formulados pela negativa, ou seja, presume-se a não conformidade, se se verificar alguma das situações previstas⁸⁰. Mas que diferenças práticas resultam desta diferente formulação feita pela lei? Ora, na formulação pela positiva, mesmo que se verifiquem todas as circunstâncias elencadas, o consumidor pode ainda provar a desconformidade do bem com o contrato elidindo a presunção da existência da conformidade, sendo que esta formulação atenua o ónus da prova que recai sobre o vendedor relativamente ao cumprimento da sua obrigação. Na formulação pela negativa, verificando-se uma daquelas situações, constata-se que o bem é desconforme com o contrato e o vendedor não pode elidir a presunção de não conformidade. Esta “*presunção deixa de fazer sentido*” pois a verificação da desconformidade “*afasta a possibilidade lógica de prova em contrário, não sendo possível provar a conformidade de um bem desconforme*”⁸¹. O vendedor pode é negar o facto que deu origem à desconformidade, como por exemplo, negar que descreveu o bem daquela forma ou que

⁷⁸ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 190.

⁷⁹ SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 60.

⁸⁰ Tal como observa Jorge Morais Carvalho, a norma da Diretiva tem como principal destinatário sobretudo o vendedor, “*a quem cabe analisar se cumpriu todos os critérios definidos, e a do diploma nacional dirige-se sobretudo ao consumidor, que assim tem mais facilidade na compreensão dos critérios de não conformidade*”, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 190.

⁸¹ É este o entendimento de Jorge Morais Carvalho que critica a presunção de não conformidade, e conclui que “*o art. 2º-2 do DL 67/2003 deve ser interpretado no sentido de não consagrar uma presunção*”, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., pp. 190 e 191.

não foi informado ou não aceitou o uso específico para o qual o consumidor pretendia destinar o bem. Nas palavras de Menezes Leitão, “*não se vê como se pode presumir uma situação em resultado de um facto negativo, quando cabe por conta do vendedor o ónus da prova de ter cumprido a obrigação de entrega dos bens em conformidade com o contrato*”⁸². Na verdade, parece-me uma conclusão bastante lógica, visto que se o consumidor provar o facto que deu origem à desconformidade por referência a um dos critérios elencados e o vendedor não o negar, teremos a constatação de uma situação, a não conformidade do bem, e não uma presunção da não conformidade do bem.

Conforme resulta do próprio texto da lei, basta a verificação de um destes factos para que o bem seja considerado desconforme com o contrato. Cabe ainda referir, que caso não se tenha preenchido nenhum daqueles factos negativos, isto não impede o consumidor de provar outro facto que dê origem à desconformidade com o contrato, sendo que aqueles factos não são taxativos mas apenas exemplificativos das situações mais comuns⁸³. Nomeadamente poderá invocar outro facto, se as partes tiverem estabelecido outras cláusulas contratuais de conformidade mais exigentes que os critérios do art. 2º⁸⁴.

Em relação ao primeiro critério, previsto no art. 2º, nº 2, al. a), este resulta de uma situação em que o vendedor através de uma descrição ou através da apresentação de uma amostra ou modelo assegura certo tipo de qualidades do bem vendido. Essa descrição pode ser feita mediante qualquer declaração do vendedor, quer esta seja dirigida ao público em geral através de um cartaz ou catálogo, quer seja dirigida diretamente ao consumidor através de um diálogo oral. Nesta alínea, apenas estão em causa declarações do vendedor e não de terceiros, sendo que estas se encontram abrangidas pela al. d). Segundo Menezes Leitão, “*o mero facto da descrição do vendedor ou da comparação com a amostra é suficiente para determinar o assegurar das qualidades descritas*”, sendo que, “*não se exige assim uma estipulação negocial, bastando para a responsabilização do vendedor meras declarações de ciência ou mesmo comportamentos fácticos*”⁸⁵. Neste contexto, cabe referir que não será válida uma cláusula contratual, mesmo que aceite pelo comprador, que exclua a relevância da descrição feita pelo vendedor, ainda que vaga, genérica ou subjetiva⁸⁶, pois tal resultaria

⁸² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 45.

⁸³ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 191. *Idem*, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 53.

⁸⁴ Como nota Menezes Leitão, as partes não poderão estabelecer cláusulas de conformidade menos exigentes, face ao disposto no art. 10º, nº 1 que limita a autonomia privada determinando a imperatividade das normas do diploma, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 53.

⁸⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 47.

⁸⁶ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., pp. 192 e 193.

numa contradição de declarações que a admitir-se desvirtuava o objetivo de proteção do consumidor subjacente à imperatividade do diploma (art. 10º).

Quanto à possibilidade de o vendedor emitir reservas em relação a algumas características do bem, Menezes Leitão entende que o vendedor pode emitir reservas às suas declarações em algumas situações, podendo nesses casos ser desresponsabilizado, designadamente quando se limita “*a enunciar o seu conhecimento limitado sobre o assunto, o que não constitui descrição do bem, já que não implica uma indicação segura das suas características*”⁸⁷. Contrariamente Jorge Morais Carvalho, argumenta que “*o espírito do diploma não permite que o vendedor se exonere da sua responsabilidade invocando as suas dúvidas em relação a uma característica utilizada para a promoção do bem*”⁸⁸. De facto, parece-me incompatível com o objetivo de proteção do consumidor, permitir a desvinculação do vendedor através de declarações dúbias, sendo que se este descrever o bem como tendo determinadas características, não deve demonstrar dúvidas quanto a estas, pois se as tiver não as deve mencionar. O profissional deve estar seguro quanto às características do bem que vende, criando uma situação de confiança na esfera jurídica do consumidor do qual não se pode desvincular sem mais. Assim, este regime é mais protetor do consumidor do que o previsto no regime civil da venda de coisas defeituosas, visto que neste se exige uma declaração do vendedor, ainda que tácita, para determinar a sua vinculação, além de que o art. 919º do CC faz uma ressalva na parte final que desresponsabiliza o vendedor se da convenção ou dos usos resultar que a amostra serve apenas para indicar de modo aproximado as qualidades do objeto. Perante a al. a) do nº 2 do art. 2º, que nenhuma ressalva faz destas situações, conclui-se que a sua verificação não exclui a responsabilidade do vendedor⁸⁹. Contudo, deve admitir-se a possibilidade de o vendedor esclarecer ao consumidor que o bem não corresponde exatamente à amostra ou modelo especificando sempre os aspetos que diferem desta (por exemplo mencionando que a cor do carro da amostra não tem de ser necessariamente aquela pois existem outras disponíveis)⁹⁰. Nestes casos, se o vendedor esclarece devidamente o consumidor especificando os elementos da diferença, não existirá falta de conformidade segundo o art. 2º, nº 3.

⁸⁷ LEITÃO, Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 48.

⁸⁸ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 193.

⁸⁹ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 194; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 48. Contrariamente, João Calvão da Silva, que refere que o vendedor pode alegar e provar “*que a amostra foi apresentada a título simplesmente exemplificativo, para indicar de modo aproximado as qualidades do objeto, sem intento vinculativo*”, SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., pp. 61 e 62.

⁹⁰ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 195 e SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 62.

O segundo critério constante da al. b) do nº 2 do art. 2º, refere-se aos casos em que o bem não é idóneo para o uso específico a que o consumidor o destine e do qual tenha informado o vendedor aquando da celebração do contrato e que este tenha aceite. Trata-se da destinação do bem pelo consumidor a um fim específico, da qual tem de ser feita referência previamente à celebração do contrato, e tem de ser aceite pelo vendedor. Essa aceitação pode ser expressa ou tácita, consistindo esta na não rejeição dessa intenção manifestada pelo consumidor⁹¹. E portanto, o profissional pode por ação ou omissão, aceitar essa utilização específica. Menezes Leitão entende que o “*fim específico não tem necessariamente que fazer parte do conteúdo contratual, nem sequer que ser estipulada acessoriamente a este*”, bastando que “*essa destinação corresponda a uma informação prestada pelo consumidor*”⁹². Já Jorge Morais Carvalho sustenta que esse uso específico objeto de acordo entre as partes constitui uma cláusula contratual e que portanto, integra o conteúdo do contrato⁹³. Paralelamente, o CC também prevê no art. 913º, nº 1, que o facto da coisa vendida não cumprir o fim específico para o qual foi destinada corresponde a um defeito, segundo a conceção subjetiva deste conceito, mas caso nada se estipule, o art. 913º, nº 2 manda atender à função normal das coisas da mesma categoria.

No que concerne ao terceiro critério estabelecido na al. c) do nº 2 do art. 2º, este reporta-se às situações em que os bens não são adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo. O juízo para aferir quais são as utilizações habituais deve ser objetivo⁹⁴, e todas as utilizações habituais se devem encontrar abrangidas, tutelando-se tanto o consumidor médio como o consumidor com especiais conhecimentos técnicos sobre o bem⁹⁵. E portanto, se um bem tiver mais do que uma utilização habitual tem de ser idóneo para todas elas, mesmo que essa utilização seja num sentido diverso daquela para o qual o bem foi concebido, a sua utilização principal (por exemplo, a utilização principal de um relógio é consultar as horas mas pode ter uma utilidade decorativa)⁹⁶. Este critério permite ao consumidor reclamar pela desconformidade do bem se este não for adequado a qualquer

⁹¹ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit, p. 199 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 48.

⁹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 48.

⁹³ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit, pp. 198 e 199.

⁹⁴ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit, p. 196 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 49.

⁹⁵ Jorge Morais Carvalho, dá o exemplo de um consumidor médio do Microsoft Word que apesar de não saber trabalhar com grande parte das funcionalidades desse programa, não significa que todas elas não devam ser consideradas utilizações habituais, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit, p. 196.

⁹⁶ Assim, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit, p. 197 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 50.

das utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo, mesmo que tenha informado o vendedor que pretendia utilizar o bem para um fim específico e seja idóneo a este, nos termos da al. b) anteriormente analisada. No âmbito do CC, também se encontra consagrada uma conceção objetiva de defeito nos termos do art. 913º, nº 2, mas ao contrário do art. 2º, nº 2, al. c), que o estabelece em termos cumulativos com a al. b), naquele apenas funciona supletivamente⁹⁷. Em princípio, o bem tem de ser apto a todas as utilizações habituais, não sendo admissível a exclusão de qualquer delas, mas em certos casos deve-se atender à vontade das partes e analisar como é que o bem é definido por elas, fazendo-se uma interpretação do conteúdo do contrato. Por exemplo, se o objeto do contrato é uma televisão de 1950, estará implícito que a televisão não transmite programas a cores, mas apenas a preto e branco, e portanto essa televisão em concreto não será adequada a satisfazer as utilizações habituais de uma televisão nova, mas não significa que estará em desconformidade com o contrato porque o objeto deste é a própria antiguidade. Neste caso, a exclusão não pode deixar de ser espectável para o consumidor e portanto, admissível, desde que a definição do bem seja totalmente clara⁹⁸.

Por fim, o último critério estabelecido na al. d) do nº 2 do art. 2º, é chamado à colação quando os bens não apresentem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, tendo em conta a natureza do bem e as declarações públicas feitas pelo vendedor, produtor ou seu representante através da publicidade ou da rotulagem. Nesta alínea, não estão em causa as utilizações habituais, mas sim as características do próprio bem, isto é, as suas qualidades intrínsecas. Quanto ao conceito de desempenho, este deve ser reconduzido a uma noção temporal, ou seja, “*o bem tem de ter o desempenho habitual durante um período de tempo adaptado aos bens da mesma categoria*”⁹⁹. Se o bem deixa de funcionar por uma causa não imputável ao consumidor num espaço de tempo desajustado face aos bens da mesma categoria, que geralmente funcionam durante um período de tempo mais longo, deve-se considerar que existe falta de conformidade, visto que o bem não teve um desempenho habitual. Como se pode constatar, estão em causa dois critérios, a congruência com as qualidades e o

⁹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O Novo Regime...*, ob. cit., p. 49. *Idem*, PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias...*, ob. cit., pp. 238 e 239, que se refere neste caso, à Diretiva, mencionando que “*os critérios previstos na directiva para a falta de conformidade são cumulativos, exigindo a directiva, além da adequação do bem para o uso específico aceite pelo vendedor, a sua adequação para as utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo*”, e nesta medida, fazendo-se uma interpretação conforme à diretiva, deve-se considerar os critérios do diploma igualmente cumulativos.

⁹⁸ Assim, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 198.

⁹⁹ Propugnando esta posição, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 200.

desempenho habitual nos bens do mesmo tipo e as expectativas razoáveis do consumidor. A este propósito, uma das questões já suscitadas pela Diretiva é a de saber se os dois critérios são cumulativos, ou seja, se é necessário que ambos não se verifiquem para se considerar existir falta de conformidade, ou se encontram numa relação de alternatividade, bastando a não ocorrência de um deles para existir falta de conformidade. Paulo Mota Pinto refere que, tendo em consideração outras versões linguísticas da Diretiva e, a alteração da posição comum durante o decorrer dos trabalhos preparatórios que parece ter visado limitar o critério das expectativas razoáveis através do critério da habitualidade das qualidades e do desempenho nos bens do mesmo tipo, de modo a evitar que o consumidor criasse expectativas razoáveis quanto a uma utilização invulgar do bem apenas com base na publicidade e na rotulagem, sustenta que os critérios se devem considerar cumulativos¹⁰⁰. Contudo, argumenta-se que a *ratio* do preceito, que consiste na proteção do consumidor, exige que se considere os critérios alternativos, visto que a própria razoabilidade das expectativas já constitui um juízo suficientemente objetivo, não se devendo limitar este critério com a habitualidade das qualidades e do desempenho nos bens do mesmo tipo. Buscando um exemplo utilizado por Jorge Morais Carvalho, “*se o produtor anuncia que um determinado modelo de veículo automóvel tem um consumo X, não é relevante se os bens do mesmo tipo consomem X, mas que X seja um valor que o consumidor pode razoavelmente esperar*”¹⁰¹. Assim, parece que a razoabilidade é um juízo bastante para se considerarem apenas as qualidades e o desempenho logicamente possíveis segundo a compreensão de um consumidor médio, isto é, segundo a compreensão de um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório (doutrina da impressão do destinatário), critério geral da interpretação da declaração negocial no nosso direito civil (art. 236º do CC)¹⁰². É de concordar com este argumento, pois se assim não fosse, nenhuma qualidade distintiva de um bem em relação aos outros bens do mesmo tipo do qual fosse feita publicidade ou fosse indicada na rotulagem seria relevante, e o consumidor nunca poderia razoavelmente contar com ela¹⁰³. Tendo-se como referência um consumidor médio, com

¹⁰⁰ Neste sentido, PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias...*, ob. cit., pp. 240 e 241.

¹⁰¹ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 200. *Idem*, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O Novo Regime...*, ob. cit., p. 51.

¹⁰² Vide, quanto a este aspeto, o Ac. do STJ, de 18/03/2010, proc. nº 6302/06.5TBVNG.P1.S1, onde se pode ler: “*consagra o nº 1 do art. 236º C.Civil a doutrina da impressão do destinatário, através da qual sobreleva o ponto de vista do destinatário, mas não um seu entendimento subjectivo, antes o sentido que um declaratório normal, diligente e prudente colocado na posição do real declaratório depreenderia, tendo em conta as circunstâncias razoavelmente conhecidas*”.

¹⁰³ Tal como refere Calvão da Silva, “*se a declaração pública (...) foca e exalta uma característica concreta exclusiva de certo produto (...) o consumidor tem razões para justificadamente confiar nessa declaração-*

poucos conhecimentos técnicos sobre o bem em causa mas, por outro lado, não sendo especialmente vulnerável nem possuindo uma capacidade de entendimento inferior à média, o critério da razoabilidade torna-se suficientemente objetivo, relevando a expectativa de uma pessoa normal, e não a expectativa do consumidor em concreto¹⁰⁴. A norma manda atender à natureza do bem, e portanto as qualidades e o desempenho de um bem que o consumidor pode razoavelmente esperar podem variar consoante seja novo ou usado, mais recente ou menos recente, consoante o tipo de material de que é revestido, entre outras características¹⁰⁵.

A norma manda igualmente atender às declarações públicas do vendedor, do produtor ou do representante deste, nomeadamente na publicidade e na rotulagem. Na verdade, hoje em dia os consumidores tomam grande parte das suas decisões de compra com base na publicidade e na rotulagem feitas pelo produtor. A referência às declarações do vendedor parecem-me ser irrelevantes visto que podem ser reconduzidas à al. a), sendo que esta encontra-se especialmente prevista para o produtor ou o seu representante¹⁰⁶. Esta alínea acarreta alguns problemas dogmáticos, pois introduz-se no conteúdo do contrato, declarações com origem em terceiros. Contudo, o diploma estabelece um critério objetivo para filtrar a relevância das declarações públicas de terceiros que possam responsabilizar o vendedor, não se admitindo todos os tipos de declarações encontradas na publicidade ou na rotulagem. Assim, a al. d) aponta para a necessidade de que as características sejam concretas para que possam ser incluídas no conteúdo contratual, não se incluindo declarações vagas, genéricas ou subjetivas¹⁰⁷. Igualmente, o art. 7º, nº 5 da LDC alude à natureza objetiva das informações contidas nas mensagens publicitárias que integram os contratos de consumo. O DL acrescenta ainda dois elementos para a inclusão de mensagens publicitárias no conteúdo do contrato: as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo¹⁰⁸; e as expectativas razoáveis do consumidor, sendo que o critério

informação e por isso pode razoavelmente esperar essa qualidade ou atributo no caso concreto apesar de não habitual”, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., pp. 68 e 69.

¹⁰⁴ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 201. Contrariamente, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., p. 67.

¹⁰⁵ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 201 e SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., p. 65.

¹⁰⁶ Já Menezes Leitão faz uma distinção, reconduzindo as declarações do vendedor em diálogo particular com o comprador à al. a) e as declarações públicas do vendedor à al. d), LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O Novo Regime...*, ob. cit., p. 51.

¹⁰⁷ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 206.

¹⁰⁸ Jorge Morais Carvalho sustenta que “habituais” deve ser lida no sentido de “possíveis”, pois “*uma interpretação literal do preceito retiraria qualquer efeito útil à norma, uma vez que as qualidades e desempenho habituais não precisam de ser anunciadas para convencer o consumidor*”, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 206.

de aferição perfilhado já referido anteriormente, é o do consumidor médio¹⁰⁹. A este propósito, cabe ainda referir uma diferença importante do DL em relação à Diretiva, pois esta última no seu art. 2º, nº 4, como foi exposto *infra*, afasta a responsabilidade do vendedor em caso de declarações públicas que não lhe sejam imputáveis. No nosso DL não é feita esta exclusão, pelo que o legislador português decidiu, em face da harmonização mínima da Diretiva e dentro da sua margem de liberdade, tornar a lei portuguesa mais protetora do consumidor, afastando a possibilidade de o vendedor se imiscuir da responsabilidade por declarações de terceiros não deixando o consumidor desprotegido devido a descoordenações dentro da cadeia de produção¹¹⁰. Segundo Menezes Leitão estamos perante uma “*responsabilidade absolutamente objectiva por facto de terceiro neste domínio*”¹¹¹, visto que o vendedor responde independentemente de culpa, ao contrário da tradicional responsabilidade civil contratual em que apesar da culpa se presumir, o vendedor apenas responde se faltar culposamente ao cumprimento da sua obrigação (arts. 798º e 799º do CC).

4. Os direitos do consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato

4.1. Considerações gerais

Posto isto, feito o percurso analítico quanto à noção de conformidade com o contrato e ao âmbito da garantia prestada pelo vendedor, passarei agora à análise dos efeitos jurídicos dessa falta de conformidade, ou seja, dos direitos legalmente atribuídos ao consumidor, sendo este um passo logicamente subsequente à conclusão da existência de uma desconformidade com o contrato. Por outras palavras, a verificação de uma desconformidade com o contrato, desencadeia na esfera jurídica do consumidor, por mero

¹⁰⁹ Nas palavras de Jorge Carvalho Morais, “*introduz-se um elemento subjetivo, que deve, no entanto, ser analisado objetivamente, por referência a um consumidor normal, de entre os destinatários da mensagem*”, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 207. Assim também, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 52.

¹¹⁰ SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 66.

¹¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., pp. 52 e 53. Em sentido diverso, Nuno Tiago Trigo dos Reis, entendendo que não obstante o nº 4 do art. 2º da Diretiva, “*não constar do diploma de transposição para o Direito português, trata-se de um elemento a ter necessariamente em conta na determinação do alcance do efeito conformador de mensagens publicitárias provenientes de pessoas diferentes do vendedor*”, além de que, “*os preceitos introduzidos pelo D.L. 67/2003 não podem ser interpretados de forma desenquadrada com as proposições gerais do sistema*”, e nessa medida, “*o vendedor poderá afastar a relevância das declarações publicitárias de terceiros nos mesmos casos em que o poderia fazer caso o legislador houvesse procedido à transposição do nº 4 do art. 2º para a ordem interna*”, REIS, Nuno Tiago Trigo dos, A eficácia negocial da mensagem publicitária, Coimbra, 2009, p. 51.

efeito da lei, a possibilidade de recorrer a determinados direitos de modo a fazer face a essa desconformidade. São comumente designadas por garantias legais, na medida em que, são garantias do consumidor que decorrem diretamente da própria lei.

Assim, o art. 4º, nº 1 do DL 67/2003 na sequência do art. 3º da Diretiva, estabelece que, “*em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato*”.

4.2. O direito à reparação do bem

O primeiro direito referido pelo DL 67/2003, consiste no direito do consumidor exigir ao vendedor a reparação do bem. Trata-se de um direito que tem em vista a reposição da conformidade, isto é, de um direito que se encontra diretamente vocacionado a reestabelecer a conformidade do bem com os termos acordados *ab initio*, pois permite dar a oportunidade ao vendedor de cumprir a obrigação a que estava vinculado, sem destruir os efeitos do contrato e respeitando a vontade das partes de o realizar. Nesta medida, tem subjacente o princípio do *favor negotii* (princípio da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico) que devemos considerar um princípio geral do ordenamento jurídico português¹¹². O conceito de reparação, na sua essência, reconduz-se a uma operação material e direta sobre a coisa, colocando-a num estado físico conforme com o contrato. Mas também se deve considerar que a reparação pode abranger outros atos que, “*não afetando diretamente o bem, [alteram] alguma qualidade ou faculdade a este inerente*”¹¹³, ou seja, atos que afetam a situação jurídica do bem e expurgam os ónus a que este se encontra sujeito. Tratam-se de situações em que o bem padece não de um vício da coisa, mas de um vício de direito, sendo que estes tal como já foi perfilhado anteriormente neste trabalho, podem ser reconduzidos ao amplo conceito de desconformidade com o contrato. Nesta medida, e de acordo com esta posição, o art. 1º-B, al. h)¹¹⁴, define a reparação em termos amplos como “*a reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato*”,

¹¹² Pode-se indicar como afloramentos deste princípio, o art. 292º relativo à redução de negócios jurídicos parcialmente inválidos, o art. 293º relativo à conversão de negócios nulos ou anuláveis e ainda, no âmbito do direito internacional privado, o art. 19º, nº 1 e o art. 36º, nº 2, todos do CC.

¹¹³ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 226.

¹¹⁴ Este artigo foi aditado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio, que alterou o DL 67/2003, de 8 de Abril. Aquele diploma teve como objetivo conformar o direito português com a Diretiva, sendo uma das suas principais alterações o alargamento do prazo de caducidade dos direitos que era apenas de seis meses e passou a ser de dois e três anos a partir da data da denúncia, tratando-se, respetivamente, de um bem móvel ou imóvel (atual art. 5º-A, nº 3). O primeiro prazo estabelecido tinha sido objeto de críticas por parte da Comissão, pois implicava uma incorreta transposição da Diretiva que determina que o prazo de caducidade não pode “*ser inferior a dois anos a contar da data de entrega*” (art. 5º, nº 1).

não referindo qual o tipo de atos que devem ser realizados pelo vendedor para repor a conformidade. Assim, a desconformidade pode resultar da falta de registo do bem (caso de imóveis ou móveis sujeitos a registo), de uma garantia real (hipoteca, penhor) ou da falta de cumprimento de uma obrigação, devendo o vendedor proceder à reparação através da realização do registo, da extinção da obrigação que serve de base à garantia ou do cumprimento da obrigação a que esteja adstrito.

Parece-me também ser este o direito adequado a repor a conformidade, naquelas situações já *supra* mencionadas em que se entrega uma quantidade inferior à acordada, visto que nestas não há lugar a uma substituição do bem que não faria qualquer sentido, mas sim uma entrega parcial pelo vendedor da parte restante em falta estipulada no contrato. Se o vendedor entrega apenas cinco laranjas quando deveria entregar dez tal como foi acordado, existe uma desconformidade com os termos contratuais que pode ser reposta através da entrega das cinco laranjas em falta. Esta entrega realizada pelo vendedor repõe a conformidade com o contrato, podendo também ser reconduzida ao amplo conceito de reparação definido pelo art. 1º-B, al. h).

Neste contexto, cumpre analisar o art. 4º, nº 2 que estabelece condições para a satisfação da pretensão do consumidor, permitindo que a sua proteção seja efetiva. Ora, se o consumidor requerer ao vendedor a reparação do bem, esta deve ser realizada num prazo razoável tendo em conta a natureza do defeito, se se tratar de um bem imóvel, e num prazo de trinta dias, tratando-se de um bem móvel. Em ambos os casos, sem grave inconveniente para o consumidor. Quanto aos bens móveis, o legislador decidiu alterar esta norma e estabelecer um prazo máximo para o cumprimento da obrigação de reparação, pois constatou que na prática, a ausência de uma regulamentação tinha tido como consequência a expansão, por tempo excessivo, das operações de reparação¹¹⁵. Assim, o legislador no que toca aos bens móveis densificou e concretizou o conceito indeterminado prazo razoável o que facilita a interpretação e aplicação do direito por parte dos juízes, e reforça a segurança jurídica e a confiança na lei e consequentemente, também a posição do consumidor. Quanto aos bens imóveis, o critério da razoabilidade do prazo manteve-se, e portanto trata-se de um conceito indeterminado que necessita de ser concretizado casuisticamente. Parece que o princípio geral da boa-fé previsto no art. 762º, nº 2 do CC, que deve estar sempre subjacente ao cumprimento das obrigações contratuais, pode ser usado pelo intérprete como elemento para concretizar o conceito, analisando-se sempre as circunstâncias da

¹¹⁵ Vide, o preâmbulo do DL 84/2008, de 21 de Maio.

situação em concreto, e portanto, atendendo-se ao prazo normal aplicável naquela situação em particular¹¹⁶. A lei refere ainda um elemento que auxilia a estabelecer qual o prazo normal que no caso concreto é necessário para realizar a reparação: a natureza do defeito, sendo que a maior ou menor gravidade do defeito, a maior ou menor exigência técnica para o reparar, também irá determinar a razoabilidade do prazo. A este propósito, penso que o conceito de defeito aqui utilizado pelo legislador, deve ser interpretado amplamente, não se devendo reconduzir apenas a imperfeições físicas e materiais na coisa mas também, a vícios jurídicos e a todas as situações em que se verifique uma falta de conformidade entre o bem entregue e o bem acordado, tendo em conta o que já foi exposto *supra* relativamente à amplitude do conceito de conformidade com o contrato¹¹⁷. Curiosamente, a Diretiva no seu art. 3º, nº 3, refere como critérios a natureza do bem e não a natureza do defeito, e ainda o fim a que o consumidor destina o bem. Parece-me que nada impede que estes critérios possam também ser utilizados pelo intérprete português para determinar a razoabilidade do prazo, visto que o DL deve ser interpretado em conformidade com a Diretiva que transpôs.

Tanto os bens móveis como os bens imóveis devem ser reparados sem grave inconveniente para o consumidor. Quanto aos primeiros, o conceito de grave inconveniente limita o prazo de trinta dias, pois se o consumidor durante esse período de tempo tiver um grave inconveniente, o prazo deve ser reduzido¹¹⁸. Até porque o prazo de trinta dias consiste apenas num prazo máximo, o que não significa que todas as reparações necessitem desse prazo para serem realizadas, tudo dependendo do caso concreto. Assim, tanto nos bens móveis como nos bens imóveis, o preenchimento do conceito indeterminado grave inconveniente deve atender às circunstâncias do caso concreto, relevando, em especial, circunstâncias relativas à relação entre o consumidor e o bem¹¹⁹. Pode-se também atender aos critérios enunciados pela Diretiva para preencher este conceito indeterminado, nomeadamente, ao critério do fim a que o consumidor destina o bem. Por exemplo, se um consumidor utilizar um telemóvel particular também para uso profissional, designadamente para atender clientes, o facto de ficar privado do uso desse bem resultará num grave inconveniente para si, pois deixa de poder exercer uma atividade que o sustenta e provavelmente, também à sua família. Nesta situação, o vendedor deve entregar ao

¹¹⁶ Assim, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 227.

¹¹⁷ De facto, é bastante criticável esta falta de harmonia de conceitos no âmbito do Decreto-Lei nº 67/2003. Como refere Sara Larcher, “os conceitos de coisas defeituosas, defeitos, e falta de conformidade do bem com o contrato são utilizados indistintamente, sem qualquer rigor sistemático”, LARCHER, Sara, ob. cit., p. 182.

¹¹⁸ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 227.

¹¹⁹ Apontando para este critério, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 227.

consumidor um bem de substituição, neste caso um telemóvel, durante o período de tempo da reparação.

Caso o vendedor não cumpra as condições estabelecidas no art. 4º, nº 2, incorrerá em responsabilidade contraordenacional, nos termos do art. 12º-A, nº 1, al. a). E além desta sanção, o incumprimento do prazo e da ausência de grave inconveniente, deve conferir ao consumidor a possibilidade de optar por outro direito. Nas palavras de Jorge Morais Carvalho, “apesar de não se encontrar expressamente prevista na lei, esta solução resulta do espírito do regime, podendo escolher-se outro direito, nomeadamente a resolução do contrato, sempre que o anterior não tenha reposto a conformidade do bem”¹²⁰. *Infra* irei debruçar-me melhor sobre esta questão quando me ocupar da relação entre os direitos atribuídos ao consumidor.

O art. 4º, nº 1 do diploma vem, na sequência do art. 3º, nº 2 e 3 da Diretiva, estabelecer que a conformidade tem de ser reposta sem encargos, ou seja, sem quaisquer custos adicionais para o consumidor. O nº 3 do art. 4º, à semelhança do art. 3º, nº 4 da Diretiva, clarifica que os encargos são as “despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material”. Esta lista não é taxativa, o que se confirma pela expressão “designadamente” utilizada pela lei, pelo que se podem considerar incluídas na previsão da norma quaisquer outras despesas em que o consumidor tenha de incorrer para que o bem seja reparado, como por exemplo o próprio envio do bem para o vendedor. Esta obrigação do vendedor de repor o bem em conformidade com o contrato de forma gratuita é essencial para a proteção do consumidor e para a efetividade dos direitos que lhe são atribuídos, pois a imposição de encargos financeiros poderia dissuadir o consumidor de exercê-los¹²¹.

4.3. O direito à substituição do bem

O segundo direito referido pelo DL 67/2003, trata-se do direito do consumidor requerer ao vendedor a substituição do bem. A substituição consiste na devolução do bem pelo comprador ao vendedor e na entrega de um novo bem pelo vendedor ao comprador, pelo

¹²⁰ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., pp. 227 e 228.

¹²¹ Vide, o Ac. do TJUE, de 17/04/2008, proc. nº C-404/06, onde se pode ler que: “resulta tanto da letra como dos trabalhos preparatórios pertinentes da diretiva que o legislador comunitário pretendeu fazer da gratuitidade da reposição em conformidade do bem pelo vendedor um elemento essencial da proteção assegurada ao consumidor por esta diretiva”, pois “visa proteger o consumidor contra o risco de encargos financeiros que o poderiam dissuadir de exercer os seus direitos caso essa proteção não existisse. (...) Além disso, a gratuidade da reposição em conformidade corresponde à finalidade da diretiva que consiste em garantir um nível elevado de defesa dos consumidores”.

que implica duas obrigações recíprocas e sinalagmáticas. Assim, o vendedor pode-se fazer valer da exceção de não cumprimento, isto é, recusar-se a entregar o novo bem se o comprador não entregar o bem que tem em seu poder¹²². Tal como o direito à reparação, trata-se de um direito que na sua natureza, é suscetível de repor a conformidade com o contrato e possibilitar a sua total execução e eficácia, pois também ele permite dar a oportunidade ao vendedor de cumprir a obrigação a que estava vinculado, sem destruir os efeitos do contrato e respeitando a vontade das partes de o realizar. Nesta medida, encontra-se igualmente subjacente a este direito, o princípio do *favor negotii*.

A este propósito, cumpre analisar se este direito será adequado a repor a conformidade naquelas situações mais controversas já referidas anteriormente: vícios de direito, *aliud pro alio* e entrega da coisa em quantidade inferior à devida. Quanto à primeira situação, referi *supra*, que a reparação seria à partida o direito adequado a repor a conformidade através da expurgação dos ónus pelo vendedor. Contudo, parece-me que nada no regime impede o consumidor de requerer o direito à substituição do bem onerado por outro não onerado, desde que o primeiro bem seja fungível e portanto, substituível. Até porque, a expurgação dos ónus jurídicos pelo vendedor pode-se tornar complicada e morosa, e se a substituição for possível e mais fácil de satisfazer a pretensão do consumidor deve-se poder recorrer a esta solução. Já no que toca às situações de *aliud pro alio*, ou seja, de total diferença de identidade entre o bem entregue e o bem acordado, a substituição será a única solução possível para repor a conformidade com o contrato através da entrega de um bem diferente, que será o bem estipulado no contrato. A reparação, nestes casos, não será uma solução logicamente possível devido à própria natureza da desconformidade, pois o problema não se trata de reparar o bem entregue que até pode estar em excelentes condições, sem quaisquer vícios da coisa ou de direito, falta de qualidades ou defeitos, mas sim de respeitar todos os elementos que resultaram do acordo de vontades entre as partes e entregar o bem que foi estipulado nesse acordo. Nesta medida, a pretensão do consumidor é receber o bem contratualmente acordado e não o bem entregue, pelo que a solução idónea a repor a conformidade só poderá ser a substituição do bem. Quanto à última situação, como já propugnei anteriormente neste trabalho, considero que o direito adequado a repor a conformidade será a reparação, pela amplitude do conceito prevista pelo diploma.

¹²² Assim, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 229.

Tal como a reparação, a substituição deve ser feita, nos termos do art. 4º, nº 2 do DL, dentro do prazo de trinta dias caso se trate de um bem móvel ou dentro de um prazo razoável se se tratar de um bem imóvel, em qualquer caso sem grave inconveniente para o consumidor. Neste contexto, valem as considerações feitas *supra* a propósito do direito à reparação, no que toca ao preenchimento dos conceitos indeterminados razoabilidade do prazo e grave inconveniente, devendo-se analisar as circunstâncias do caso concreto e apelando-se ao princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações e aos critérios enunciados pelo diploma e pela Diretiva. De qualquer modo, em termos estatísticos, a substituição acaba por ser menos morosa que a reparação e muitas vezes, o consumidor prefere recorrer a este direito para evitar ter prejuízos com o prolongamento das operações de reparação.

Cumprir referir que a substituição, assim como a reparação, deve ser realizada sem quaisquer encargos para o consumidor nos termos do art. 4º, nº 1, que por sua vez, é concretizado pelo nº 3, que se refere designadamente às despesas de transporte, mão-de-obra e material. No caso específico da substituição os encargos têm especial incidência nas despesas de transporte, pelo que as despesas com a devolução do bem desconforme e o envio ou recolha do novo bem devem ser suportadas pelo profissional¹²³.

4.4. O direito à redução do preço

O art. 4º, nº 1 do DL 67/2003, confere ainda ao consumidor o direito à redução adequada do preço. Este direito corresponde, à antiga *actio quanti minoris*. Ao contrário dos últimos dois, não é um direito vocacionado para repor a conformidade com o contrato. Ou seja, apesar de ser uma consequência jurídica da falta de conformidade, apenas atribui uma solução idónea a compensar o consumidor por essa falta, mas não repõe o bem em conformidade com os termos acordados, pois o vendedor já não tem a oportunidade de realizar a prestação a que se encontrava vinculado e o contrato não produz a totalidade dos seus efeitos jurídicos. A redução do preço visa antes repor o equilíbrio negocial entre as partes, pressupondo a vontade do consumidor de ficar com o bem desconforme¹²⁴. Assim, o vendedor deve reduzir proporcionalmente o preço por razões equitativas, pois se não cumpriu devidamente a prestação a que estava vinculado, a contraprestação não deve ser a mesma. No entanto, ainda existe aqui algum aproveitamento do negócio jurídico, pois o

¹²³ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 230.

¹²⁴ MORAIS, Fernando de Gravato, União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo, Coimbra, Almedina, 2004, p. 119. *Idem*, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 232.

direito não possui um escopo extintivo do vínculo contratual apesar de o afetar, e o contrato acaba por ser parcialmente executado.

O DL tal como a Diretiva, não confere qualquer elemento para determinar o valor da redução, mas parece que se deve recorrer a critérios objetivos, e não a avaliações subjetivas por parte do consumidor para determinar o valor da redução adequada do preço¹²⁵. De qualquer modo, face à omissão do DL, deve-se recorrer subsidiariamente às normas gerais do CC que regulam a redução do preço na venda limitada a parte do seu objeto (art. 884º), na venda de bens onerados (art. 911º), e na empreitada defeituosa (art. 884º *ex vi* do art. 1222º, nº 2)¹²⁶¹²⁷. A redução do preço corresponde ao valor da desvalorização do bem tendo em conta a desconformidade com o contrato, sendo que se deve ter como valor de referência o que foi efetivamente pago e não o preço de mercado que o bem tenha à data em que o consumidor se quiser fazer valer do direito¹²⁸.

Nos termos do art. 4º, nº 4, este direito pode ser exercido mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador. Irei contudo, ocupar-me desta norma *infra*, quando me debruçar sobre o direito à resolução do contrato.

Importa ainda referir, que em caso de acordo entre as partes, este direito pode ser exercido conjuntamente com a reparação ou a substituição, e nessa medida, por aceitação do vendedor permite-se a reposição da conformidade com o contrato assim como, a compensação do consumidor pela desconformidade através do reequilíbrio contratual entre as prestações. Contudo, na falta de acordo, o consumidor não pode exercer dois ou mais direitos cumulativamente, visto que a lei prevê que sejam exercidos em alternativa, conferindo cada um deles individualmente uma solução para a falta de conformidade com o contrato¹²⁹.

4.5. O direito à resolução do contrato

O último direito referido pelo art. 4º, nº 1 do DL 67/2003, consiste no direito à resolução do contrato, que corresponde à antiga *actio redhibitoria*. A resolução consubstancia “a

¹²⁵ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 232. Assim também, MARTINEZ, Pedro Romano, Empreitada de Bens de Consumo: A Transposição da Directiva nº 1999/44/CE pelo Decreto-Lei nº 67/2003, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2005, p. 32.

¹²⁶ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 232.

¹²⁷ O Direito alemão (art. 472º do BGB) e o inglês (art. 53.3 da Sale of Goods Act) possuem igualmente regras específicas. Já o Direito suíço remete a questão para a apreciação do tribunal e o Direito francês (art. 1644º do Code Civil) e o espanhol (art. 1486.I do CC) exigem a intervenção de peritos.

¹²⁸ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 233.

¹²⁹ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 233.

*extinção da relação contratual por declaração unilateral de um dos contraentes baseada num fundamento ocorrido posteriormente à celebração do contrato*¹³⁰. Nesta medida, a resolução não pode ser requerida sem mais, visto que o seu exercício é vinculado, necessitando de um fundamento legal ou convencional para ser exercida. Neste caso, o fundamento legal da resolução é a falta de conformidade do bem com o contrato e a declaração unilateral é feita pelo consumidor ao profissional, nos termos do art. 436º, nº 1 do CC¹³¹. A resolução tem em princípio eficácia retroativa, segundo o art. 434º do CC, o que implica a extinção para o futuro das obrigações das partes (efeito liberatório), assim como, a devolução do preço pago pelo vendedor ao consumidor e a restituição do bem desconforme pelo consumidor ao vendedor (efeito restitutivo). A retroatividade acarreta a extinção total do vínculo contratual, destruindo os efeitos do contrato e colocando as partes na posição em que se encontravam antes da celebração do mesmo, sendo que este direito se afasta totalmente do princípio do *favor negotii*. Assim, a resolução contratual constitui a solução mais “radical” conferida ao consumidor¹³².

A este propósito, cumpre analisar o art. 4º, nº 4, que determina que o direito à resolução pode ser exercido “*mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador*”. Como foi referido anteriormente, esta norma tem um âmbito de aplicação que vai para além das situações de resolução, pois abrange também as situações em que o consumidor pretenda a redução do preço. Esta norma aplica-se nos casos em que o bem não é conforme devido a uma causa que não o perecimento ou deterioração da coisa¹³³, e o perecimento ou deterioração a que o artigo se refere decorre da falta de conformidade do bem existente no momento da entrega, ou seja, tem de se verificar um nexo causal entre a desconformidade e o perecimento ou deterioração do

¹³⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 99 e ss.

¹³¹ Este artigo afasta-se da solução prevista no sistema francês, que impõe imperativamente o recurso ao tribunal para o exercício do direito.

¹³² Sobre o direito à resolução do contrato, veja-se: COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, pp. 248-253; CORDEIRO, António Menezes, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 164 e 165; MARTINEZ, Pedro Romano, Da Cessação do Contrato, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 65-83; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. II, ob. cit., pp. 99-104; JORGE, Fernando Pessoa, Direito das Obrigações, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1976, pp. 195-199; ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral do Direito Civil, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 321 e ss.; TELLES, Inocêncio Galvão, Manual dos Contratos em Geral, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 355 e ss.; PROENÇA, José Brandão, A Resolução do Contrato no Direito Civil, Do Enquadramento e do Regime, Coimbra, 1996 e SERRA, Adriano Vaz, Resolução do Contrato, Lisboa, 1957.

¹³³ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 231. Caso contrário, estaríamos perante um problema de transferência do risco que se resolveria através do recurso às regras gerais (art. 796º do CC).

bem¹³⁴. As situações de perecimento ou deterioração decorrentes da falta de conformidade e que se encontram abrangidas, são as que surgem durante o período de tempo da garantia legal, ou seja, durante o período em que o consumidor pode exercer os seus direitos, que é de dois ou cinco anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respetivamente, de um bem móvel ou imóvel (art. 5º, nº 1). Há quem critique este artigo, afirmando que naquelas situações em que a coisa pereça ou se deteriore por uma causa não imputável nem ao vendedor nem ao comprador, pode este ainda assim, requerer a resolução do contrato, exigindo a devolução do preço, mas nada restituindo ao vendedor, o que causa alguma perplexidade¹³⁵. Esta possibilidade já não seria possível de acordo com o art. 432º, nº 2 do CC, pois este exige que o perecimento seja imputável ao vendedor, caso contrário exclui-se o direito à resolução. Alguma doutrina entende que o art. 4º, nº 4 do diploma afasta a aplicação do art. 432º, nº 2, do CC, pois só assim se explica que o exercício do direito à resolução seja possível mesmo que a coisa tenha perecido por um motivo não imputável ao vendedor¹³⁶. Esta solução compreende-se, pois se o diploma estabelece que qualquer desconformidade é da responsabilidade do vendedor independentemente de este ter ou não culpa, se alguma se verificar, o risco pelo perecimento ou deterioração do bem desconforme deve correr por conta do vendedor mesmo que não lhe seja imputável, e não por conta do comprador. Mas em todo em caso, ao entendermos que o perecimento ou deterioração a que se refere o artigo decorre da falta de conformidade do bem, em última análise essa situação sempre será imputável ao vendedor. Só assim não será se o perecimento ou deterioração for imputável ao consumidor¹³⁷, até porque nessa situação, não haverá umnexo causal entre a desconformidade do bem e o seu perecimento ou deterioração, e portanto, se o perecimento ou deterioração não decorrer da desconformidade do bem, mas sim, da atuação do consumidor, este não se poderá fazer valer de direitos que se fundam nessa desconformidade, caso contrário não seria justo para o vendedor. Além disso, é uma conclusão que podemos retirar de uma leitura *a contrario* da norma, ou seja, os direitos de resolução do contrato e de redução do preço não podem

¹³⁴ Assim, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., p. 85, que refere como argumento a inserção sistemática da norma, visto que, os direitos atribuídos pelo art. 4º baseiam-se na falta de conformidade do bem e dá como exemplo a situação de um “*automóvel estacionado na garagem do comprador poucas horas depois da sua aquisição, curto-circuitado em consequência de defeito grave do sistema eléctrico*”,

¹³⁵ Neste sentido, GOMES, Manuel Januário da Costa, ob. cit., pp. 139 e 140.

¹³⁶ Assim, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 23; MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., p. 124 e SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., p. 86. Este último autor, sustenta mesmo que onde se lê “por motivo não imputável ao comprador”, se deveria antes ler “por motivo não imputável ao vendedor”.

¹³⁷ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 232 e GOMES, Manuel Januário da Costa, ob. cit., p. 140.

ser exercidos se a coisa tiver perecido ou se tiver deteriorado por motivo imputável ao comprador.

Outra questão relevante e que cabe aqui fazer alusão é a de saber se a utilização do bem pelo consumidor pode justificar uma redução do preço a restituir pelo vendedor. Há quem entenda que devido à retroatividade da resolução, nos termos do art. 434º, nº 1, do CC, e ao facto da falta de conformidade presumir-se existente no momento da entrega, de acordo com o art. 3º, nº 2 do diploma¹³⁸, deve concluir-se que o consumidor tem de receber a totalidade do preço pelo qual pagou, não se descontando qualquer valor pela utilização do bem¹³⁹. Penso que esta posição se afigura correta, visto que “*quem compra um bem o faz para usar regularmente e não para o ter parado*”¹⁴⁰, e portanto, o vendedor deve razoavelmente contar com essa utilização feita pelo consumidor. Além disso, o comprador já cumpriu devidamente a sua prestação ao contrário do vendedor que não entregou o bem em conformidade com o contrato, pelo que não se vê razão para se beneficiar a posição do vendedor incumpridor e nessa medida, deve ser este a assumir as consequências da má execução da sua prestação. As mesmas considerações devem valer para as situações de redução do preço, sendo que também aqui, a utilização do bem não deve ser tida em conta para diminuir o valor a restituir ao consumidor. Parece-me que esta orientação, se encontra de harmonia com a obrigação de reposição da conformidade com o contrato de forma gratuita, ou seja, sem quaisquer encargos financeiros para o consumidor no caso de reparação ou substituição. Também quanto ao direito à resolução do contrato e ao direito à redução do preço, estes devem ser satisfeitos de forma idêntica sem quaisquer prejuízos financeiros para o consumidor, sendo que o facto de este saber que o valor a restituir é menor que o valor pelo qual pagou, pode dissuadi-lo de exercer os seus direitos. Além do mais, se a lei permite a resolução do contrato mesmo que o bem tenha perecido, ou seja, mesmo já não havendo um bem para restituir, tendo, ainda assim, o profissional de devolver o preço pago pelo consumidor, não se vê razão para numa situação em que o bem exista, mesmo que desvalorizado devido à normal utilização dada pelo consumidor, o valor do preço a restituir pelo vendedor seja menor.

¹³⁸ Esta norma facilita a prova feita pelo consumidor, pois este não tem de provar que a falta de conformidade existia no momento da entrega, apenas tem de provar a desconformidade e a celebração do contrato. O vendedor pode elidir a presunção, provando que a desconformidade não existia no momento da entrega e que se deve a um facto posterior que não lhe é imputável.

¹³⁹ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 232. Contrariamente, SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., p. 85.

¹⁴⁰ Ac. do TRL, de 06/12/2011, proc. nº 850/10.0YXLSB.L1-7, onde se sustenta que: “*a resolução do contrato tem eficácia retroactiva e implica a restituição da totalidade do preço pago*”.

4.6. Outros direitos conferidos ao consumidor

Cumpra ainda analisar, outros direitos conferidos pela legislação nacional ao consumidor pela falta de conformidade do bem, mas não regulados por este regime em específico. A Diretiva dispõe no seu art. 8º, nº 1, que “*o exercício dos direitos resultantes da presente Diretiva não prejudica o exercício de outros direitos que o consumidor possa invocar ao abrigo de outras disposições nacionais relativas à responsabilidade contratual ou extracontratual*”. Ou seja, a Diretiva apenas visa assegurar um nível mínimo e harmonizado de proteção da posição do consumidor, sendo que nada impede aos Estados de garantir uma proteção mais elevada reconhecendo-lhe direitos adicionais.

Assim, o consumidor tem direito a ser indemnizado pelos danos causados devido à desconformidade do bem com o contrato, mesmo que tenha exercido um dos outros direitos previstos no DL 67/2003, sendo portanto, cumulável com qualquer deles¹⁴¹¹⁴². No entanto, os danos cobertos diferem consoante o direito com o qual são cumulados. Assim, em caso de resolução do contrato, a indemnização deverá ser pelo interesse contratual negativo, devendo o consumidor ser colocado na posição em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado. Caso seja cumulada com os demais direitos, a indemnização deverá ser pelo interesse contratual positivo, devendo o consumidor ser colocado na posição em que estaria se a obrigação do vendedor tivesse sido devidamente cumprida¹⁴³. Este direito resulta do regime geral da responsabilidade civil e tem como base legal, o art. 12º, nº 1 da LDC que dispõe o seguinte: “*o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos*”. A norma nada diz quanto ao requisito da culpa do vendedor, mas não parece que se possa retirar daqui uma responsabilidade objetiva, pois esta é excecional e tem de estar expressamente prevista na lei, o que não é o caso¹⁴⁴. Assim, o vendedor apenas é responsável pelos danos causados ao consumidor se faltar culposamente ao

¹⁴¹ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 234; SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 88; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 59; MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., p. 124; ALMEIDA, Carlos Ferreira da, Direito do Consumo, ob. cit., p. 165 e LARCHER, Sara, ob. cit., p. 221, todos reconhecendo o direito à indemnização pela desconformidade do bem com o contrato.

¹⁴² Segundo os ensinamentos de Pedro Romano Martinez, “*a indemnização não funciona em alternativa, mas sim como complemento dos restantes meios jurídicos*”, MARTINEZ, Pedro Romano, Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada, Coimbra, Almedina, 1994, p. 347.

¹⁴³ Assim, ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 24. Vide, no mesmo sentido, o Ac. do STJ, de 15/12/2011, proc. nº 1807/08.6TVLSB.L1.S1, que reflete a jurisprudência maioritária. Contra, Ac. do STJ, de 21/10/2010, proc. nº 1285/07.7TJVNF.P1.S1.

¹⁴⁴ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 234; MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., p. 124 e LARCHER, Sara, ob. cit., p. 222.

cumprimento da sua obrigação. Nesta medida, estamos no âmbito da responsabilidade subjetiva, que constitui a regra geral¹⁴⁵. Em todo o caso, a culpa presume-se nos termos do art. 799º do CC, visto que se trata de uma responsabilidade contratual. O consumidor tem assim de provar os demais pressupostos como a situação de desconformidade, o dano e o nexo de causalidade entre a desconformidade e o dano¹⁴⁶.

Outro direito de que o consumidor se pode fazer valer, é a exceção de não cumprimento do contrato prevista nos arts. 428º e ss. do CC¹⁴⁷. Esta figura permite ao consumidor recusar-se a pagar o preço, total ou parcialmente, enquanto o vendedor não lhe entregar um bem em conformidade com o contrato. Só não o poderá fazer, se a desconformidade tiver sido detetada posteriormente ao pagamento do preço. Sendo o contrato de compra e venda de bens para consumo, um contrato bilateral com obrigações sinalagmáticas, também nesta sede, se deve reconhecer este meio de tutela que decorre do regime geral, e que constitui uma forma de pressionar o vendedor a cumprir a sua obrigação. Trata-se de uma exceção material dilatória, visto que a parte que a invoca não se recusa a realizar a prestação a que se encontra adstrita, apenas pretende um efeito dilatório, isto é, pretende realizar a sua prestação no momento em que a contraparte realizar devidamente a prestação a que se encontra obrigada¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Esta conclusão infere-se igualmente, do próprio confronto com o nº 2 do art. 12º da LDC, pois esta refere que o produtor é responsável “independentemente de culpa”, ou seja, é objetivamente responsável.

¹⁴⁶ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 235.

¹⁴⁷ Fazendo alusão a este direito, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 233; SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 89; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 60; MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., p. 124; ALMEIDA, Carlos Ferreira da, Direito do Consumo, ob. cit., p. 165 e LARCHER, Sara, ob. cit., p. 220.

¹⁴⁸ Ac. do TRC, de 27/09/2005, proc. nº 2257/05, onde se pode ler: “a exceção de não cumprimento do contrato ou de cumprimento defeituoso do contrato constitui uma exceção material dilatória, porque o demandado não recusa ao demandante o direito que alega, apenas pretendendo um efeito dilatório, isto é, realizar a sua prestação no momento em que o demandante realizar a prestação a que está obrigado”.

Capítulo IV - A relação entre os direitos do consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato

1. O regime previsto na Diretiva 1999/44/CE

Dos trabalhos preparatórios, cuja análise foi feita *supra*, dos considerandos, assim como do próprio texto legal, resulta que a Diretiva estabelece uma relação de hierarquia entre os direitos, sendo que a redução adequada do preço e a resolução do contrato apresentam-se como soluções subsidiárias face à reparação e à substituição do bem¹⁴⁹.

Assim, a Diretiva reconhece os quatro direitos ao consumidor mas sem lhe conferir liberdade na escolha, antes impondo-lhe uma solução “a dois tempos”¹⁵⁰, fixando uma hierarquia entre dois grupos de direitos. Num primeiro momento, o consumidor pode exigir a reparação ou a substituição do bem, possuindo liberdade na escolha entre estas duas soluções, e portanto estes direitos encontram-se numa relação de alternatividade, isto é, o consumidor pode à partida exercer um ou outro consoante a sua vontade. Contudo, esta alternatividade não é absoluta, visto que se encontra limitada pela impossibilidade ou pela desproporcionalidade segundo o art. 3º, nº 3 conjugado com o considerando nº 11 da Diretiva. A desproporção deve ser determinada objetivamente, e presume-se existente quando a solução exigida pelo consumidor impõe custos desrazoáveis para o vendedor face à outra solução. A Diretiva enuncia três critérios que auxiliam a concretizar o conceito de desrazoabilidade: o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância da falta de conformidade e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor. O considerando nº 11 esclarece ainda que para que os custos se considerem excessivos, devem ser significativamente mais elevados que os impostos pela outra forma de reposição da conformidade. Apenas num segundo momento, pode o consumidor exigir a redução adequada do preço ou a resolução do contrato, se não tiver sido possível ou se revelar desproporcional a reposição da conformidade através da reparação ou da substituição, tal como confirma o

¹⁴⁹ Propugnando esta posição, que constitui entendimento generalizado na doutrina, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 222; SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 82; PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., pp. 253 e 254; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Novo Regime..., ob. cit., p. 58; VICENTE, Dário Moura, ob. cit., p. 137; GOMES, Manuel Januário da Costa, ob. cit., p. 136; ALMEIDA, Carlos Ferreira da, Direito do Consumo, ob. cit., p. 163; ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 43; LARCHER, Sara, ob. cit., p. 207 e BAUERMAN, Sandra, ob. cit., p. 243.

¹⁵⁰ A expressão é de PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., p. 254.

considerando nº 10. Assim, nos termos do art. 3º, nº 5, o consumidor só pode recorrer a um daqueles direitos se: o consumidor não tiver direito a reparação nem a substituição; ou se o vendedor não tiver encontrado uma solução num prazo razoável; ou se o vendedor não tiver encontrado uma solução sem grave inconveniente para o consumidor. A Diretiva permite que o consumidor escolha livremente entre um destes dois direitos, apenas estabelecendo um limite no que toca ao exercício do direito à resolução do contrato. Nos termos do art. 3º, nº 6, o consumidor não pode exercer este direito se a falta de conformidade for considerada insignificante¹⁵¹.

Concluindo, a Diretiva atribui prevalência aos direitos suscetíveis de repor a conformidade com o contrato, e que mantêm os efeitos jurídicos deste, respeitando a pretensão contratual das partes. Nesta medida, subjacente a esta gradação encontra-se o princípio do *favor negotii*, visto que se pretende conservar o negócio jurídico, atribuindo-se ao vendedor uma segunda oportunidade para realizar a prestação a que se encontra vinculado.

2. O regime previsto no Decreto-Lei 67/2003

2.1. Considerações gerais

Ora, a problemática coloca-se no nosso ordenamento jurídico a propósito do diploma de transposição, o DL 67/2003, sendo que esta questão tem sido amplamente debatida na doutrina e na jurisprudência, não existindo atualmente um consenso quanto à questão da hierarquia entre os direitos por desconformidade do bem com o contrato. Esta discussão, já se colocava, aliás, antes da entrada em vigor do próprio diploma, a propósito da LDC que na sua versão anterior, não estabelecia aparentemente, uma relação de hierarquia entre os direitos. Seguidamente, irei analisar as várias orientações doutrinárias e jurisprudenciais relativas a esta questão jurídica para posteriormente, finalizar com a posição adotada no âmbito deste trabalho científico.

¹⁵¹ Paulo Mota Pinto entende que a “*falta de conformidade insignificante (...) inculca uma sua consideração não meramente objectiva, mas também subjectiva (...) tendo em conta predominantemente o significado para o comprador, mas permitindo considerar igualmente a perspectiva do vendedor, (pois é justamente o interesse deste que se visa tutelar com a exclusão, nestes casos, do direito de rescisão)*”, PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., p. 267, nota (155). Calvão da Silva refere que esta solução, constitui no nosso ordenamento jurídico, “*a regra geral do direito à resolução por incumprimento significativo ou de não escassa importância (arts. 793º e 802º do Código Civil)*”, SILVA, João Calvão da, Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, pp. 160 e 161.

2.2. Orientação doutrinária e jurisprudencial

Uma primeira corrente doutrinária defende que o DL 67/2003 estabelece uma relação de hierarquia entre os vários direitos em termos semelhantes à Diretiva 1999/44/CE, existindo assim dois grupos de pretensões estruturados segundo uma ordem de precedência, num primeiro nível, os direitos à reparação ou à substituição do bem, e num segundo nível, os direitos à redução adequada do preço ou à resolução do contrato. Sustentam estes autores que, apesar da conjunção “ou” referida no art. 4º, nº 1 do diploma¹⁵², sugerir a ideia de alternatividade, a ordem sequencial prevista nesse preceito não é arbitrária, assim como dos nºs 2 e 4 podemos retirar uma hierarquização dos direitos devido à sua sucessão ordenada¹⁵³. Refere-se também como argumento, que a imposição de um ónus de denúncia do defeito aponta para a preferência do legislador pela reposição da conformidade e ainda, que esta interpretação é reforçada pelos critérios utilizados no nº 5 do art. 4º¹⁵⁴, nomeadamente o abuso de direito, visto que sendo este uma concretização do princípio da boa-fé, impede que em caso de desconformidade insignificante, o consumidor possa exercer o direito de resolução, pois seria um exercício ilícito¹⁵⁵. Menciona-se igualmente, que deve ser feita uma interpretação em conformidade com a Diretiva, pois esta contribui “para esclarecer a sequência do seu exercício, embora na sua transposição se possam introduzir melhorias para tornar mais claros os requisitos de cada uma das pretensões e os critérios de precedência ou de alternatividade”¹⁵⁶. Por outro lado, defendem que o profissional possui mais conhecimentos técnicos sobre o bem, sendo que deve caber a este a escolha da solução a exercer no caso concreto¹⁵⁷. Apresenta-se ainda um outro argumento, que se prende com o princípio da manutenção ou da conservação do negócio jurídico e com o princípio da prevalência do cumprimento, na medida em que estes apontam preferencialmente para o exercício dos direitos suscetíveis de repor a

¹⁵² Dispõe o nº 1 do art. 4º que “em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja repostada sem encargos, por meio de reparação **ou** de substituição, à redução adequada do preço **ou** à resolução do contrato”.

¹⁵³ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., p. 117 e MARTINEZ, Pedro Romano, *Empreitada de Bens...*, ob. cit., pp. 31 e 32.

¹⁵⁴ Diz-nos o art. 4º, nº 5 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”.

¹⁵⁵ MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., p. 117.

¹⁵⁶ Assim, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Orientações de política...*, ob. cit., p. 118.

¹⁵⁷ Assim, MARTINEZ, Pedro Romano, *Empreitada de Bens...*, ob. cit., pp. 31 e 32. Na verdade, este autor vai ainda mais longe, afirmando que o consumidor não pode exercer a reparação e a substituição em alternativa, defendendo mesmo uma relação de hierarquia entre estes dois direitos. Salvo o devido respeito, não me parece uma interpretação adequada, visto que constitui uma interpretação desconforme com a Diretiva e determina um nível de proteção do consumidor mais reduzido o que não é permitido pelo art. 8º, nº 2 da mesma.

conformidade com o contrato e que conduzem à execução integral deste¹⁵⁸, porquanto a invocação de outros direitos mostra-se “*não só desproporcionado, como também provoca uma quebra do valor confiança inerente às relações jurídico-mercantis*”¹⁵⁹. Assim, para estes autores, apenas uma leitura literal do preceito permite concluir pela liberdade de escolha do consumidor de qualquer um dos direitos, sendo que tal interpretação não será razoável, dado que a resolução é sempre a última solução e, depende do preenchimento de pressupostos gerais, como o não cumprimento definitivo ou a gravidade, pelo que em qualquer caso se deve atender ao regime dos arts. 432º e ss., 801º, nº 2, 808º, nº 1 e 913º do CC¹⁶⁰.

Contrariamente a esta corrente, identifica-se uma outra maioritária, que apesar de considerar que a solução da Diretiva configura uma solução de bom senso, reconhece que a previsão da hierarquia não se encontra estabelecida no DL, na medida em que “*o legislador nacional entendeu ser suficiente subordinar a escolha do consumidor aos ditames da boa fé, por forma a que não incorra no exercício ilegítimo do direito de opção que lhe confere*”¹⁶¹. Assim, a liberdade de escolha do consumidor apenas se encontra limitada por dois critérios, segundo o art. 4º, nº 5 do diploma: a impossibilidade de execução do direito e o comportamento abusivo no exercício do direito nos termos definidos pelo art. 334º do CC. O argumento principal utilizado por estes autores, foca-se na letra do art. 4º do diploma, quando confrontada com a letra do art. 3º da Diretiva, que aponta claramente no sentido de não existir uma ordem hierarquizada entre os direitos. E igualmente, da conjugação do art. 4º, nº 1 com o nº 5, o que resulta numa derrogação do “*princípio das duas oportunidades*”¹⁶² formulado pela Diretiva. A razão de ser desta diferença em relação ao modelo da Diretiva, parece prender-se com o facto do legislador entender que haveria um retrocesso em relação ao anterior regime da LDC¹⁶³, que não impunha qualquer ordem de precedência entre os direitos, referindo apenas que o

¹⁵⁸ Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida, estes direitos “*sendo uma nova chance para o vendedor, representam para o comprador o modo de satisfazer o direito à prestação originária, o seu direito ao cumprimento conforme*”, ALMEIDA, Carlos Ferreira da, Direito do Consumo, ob. cit., pp. 163 e 164.

¹⁵⁹ Invocando este argumento, MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., p. 120.

¹⁶⁰ Assim, MARTINEZ, Pedro Romano, Da Cessação do Contrato, ob. cit., pp. 272 e 273.

¹⁶¹ Neste sentido, SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit. pp. 86 e 87. *Idem*, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 58; CARVALHO, Jorge Moraes, ob. cit., p. 224; ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 58; GOMES, Manuel Januário da Costa, ob. cit., p. 137; ALMEIDA, Carlos Ferreira da, Direito do Consumo, ob. cit., p. 164; LARCHER, Sara, ob. cit., p. 207; OLIVEIRA, Nuno Pinto, Princípios de Direito dos Contratos, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 875; FROTA, Mário, ob. cit., p. 159 e BAUERMANN, Sandra, ob. cit., p. 243.

¹⁶² Expressão utilizada por OLIVEIRA, Nuno Pinto, ob. cit., p. 876.

¹⁶³ Mencionando este facto como o motivo para a opção legislativa realizada, ALMEIDA, Carlos Ferreira da, Direito do Consumo, ob. cit., p. 164.

consumidor poderia exigir qualquer um deles, uma vez verificada a falta de qualidade dos bens ou serviços¹⁶⁴. O único limite à liberdade de escolha do consumidor, tal como defendido pela doutrina nacional, seria o respeito pelo princípio da boa-fé, princípio norteador do nosso ordenamento jurídico que se aplica a todas as relações contratuais, e naturalmente, também às relações de consumo¹⁶⁵.

Neste contexto, importa igualmente conhecer qual a posição dos tribunais portugueses no que toca a esta questão controversa. Verifica-se que também a jurisprudência não é unânime relativamente à problemática em análise, sendo que se pode identificar duas soluções divergentes.

Um primeiro grupo de sentenças, decide no sentido da existência de hierarquia, defendendo que os direitos à reparação ou à substituição não podem “*ser exercidos em alternativa, por subordinados, antes, estarem a uma espécie de sequência lógica: o vendedor, em primeiro lugar, está adstrito a eliminar o defeito, tão só ficando obrigado à substituição, a antolhar-se como não possível, ou demasiado onerosa, a reparação*”¹⁶⁶. Acrescentam ainda que, “*mesmo na venda de bens de consumo, o consumidor para ter direito a resolver o contrato defeituosamente cumprido pelo vendedor, terá de dar satisfação ao disposto no artigo 808º, 1, do C. Civil, que exige que o credor fixe um prazo para a obrigação em dívida seja cumprida (interpelação admonitória)*”¹⁶⁷.

Este primeiro grupo de decisões não se encontra isento de críticas, visto que defende uma hierarquia entre a reparação e a substituição, contrária à Diretiva europeia, e desconsidera a relevância do DL 67/2003 que já se encontrava em vigor e revogara os arts. 4º e 12º da LDC atinentes aos direitos conferidos ao consumidor. Isto porque, se baseia na hierarquia que preside ao art. 914º do CC¹⁶⁸ para sustentar o mesmo em relação ao art. 12º da LDC, assim como, atende aos pressupostos gerais do incumprimento definitivo, para permitir o

¹⁶⁴ Como alude Mário Frota, “*no âmbito da LDC (...) não estava o consumidor sujeito à observância em “escadinha” dos remédios nela facultados: o consumidor poderia, por escolha sua, exigir o que mais lhe conviesse*”, FROTA, Mário, ob. cit., p. 161.

¹⁶⁵ Veja-se, aliás, o art. 9º, nº 1 da LDC, que dispõe: “o consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos”.

¹⁶⁶ Vide, o Ac. do STJ, de 24/01/2008, proc. nº 07B4302. Assim também, os Acórdãos do STJ, de 15/03/2005, proc. nº 04B4400 e de 13/12/2007, proc. nº 07A4160. Aparentemente, no mesmo sentido, e referindo-se expressamente ao DL 67/2003, o Ac. do TRL, de 29/04/2014, proc. nº 2491/11.5 YXLSB.L1-6.

¹⁶⁷ Assim, o Ac. do TRP, de 04/11/2013, proc. nº 4357/10.7TBGDM.P1.

¹⁶⁸ Dispõe o art. 914º do CC que, “o comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a substituição dela”. Como refere Menezes Leitão, “*do art. 914º resulta uma primazia da solução da reparação da coisa pela solução da substituição, apenas sendo esta última aplicável se tornar efectivamente necessário e a coisa tiver natureza fungível*”, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. III, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 126 e 127.

direito à resolução do contrato, sem ter em conta as especificidades próprias das relações de consumo.

Contrariamente, um segundo grupo de sentenças que constitui um número manifestamente superior às anteriores, defende que o consumidor pode exercer qualquer um dos quatro direitos sem uma ordem de precedência, apenas limitado pela impossibilidade ou pelo abuso de direito¹⁶⁹. Algumas decisões apenas divergem quanto à possibilidade de exercício do direito à resolução do contrato, ora sustentando que este direito se encontra limitado tanto pelo abuso de direito como pelas exigências gerais relativas ao seu exercício (arts. 432º, nº 2, 793º, nº 2 e 802º, nº 2 do CC)¹⁷⁰, ora sustentando que este direito apenas se encontra condicionado pelo abuso de direito¹⁷¹. Concluindo, o que se retira destas decisões jurisprudenciais, é que é possível ao consumidor invocar *ab initio* o direito à resolução do contrato, sem que isso configure necessariamente um comportamento abusivo. Esta situação interpretada à luz da Diretiva não obteria a mesma solução, visto que segundo esta, o consumidor estará sempre obrigado a requerer em primeiro lugar, a reparação ou a substituição do bem desde que possíveis e proporcionais.

2.3. Posição adotada

Posteriormente à identificação das orientações doutrinárias e jurisprudenciais no que diz respeito às diferentes interpretações do art. 4º do DL 67/2003, cabe no âmbito deste trabalho científico, adotar uma posição quanto à questão problemática em causa.

Ora, parece-me que a solução prevista na lei é aquela que vai no sentido de considerar que não existe uma hierarquia entre os direitos atribuídos ao consumidor, sendo que este pode livremente exercer qualquer um deles consoante a sua escolha. Apontam-se várias ordens de argumentos. Um primeiro argumento, de origem literal, que se baseia na redação do art. 4º, nº 5, visto que a norma refere expressamente que “*o consumidor pode exercer qualquer dos direitos*”, o que evidencia claramente a opção do legislador pela liberdade de escolha atribuída ao consumidor. Um segundo argumento, de origem teleológica, na medida em

¹⁶⁹ Neste sentido, os Acórdãos do STJ de 03/06/2004, proc. nº 04B694; 06/07/2004, proc. nº 04B1686; 30/09/2010, proc. nº 822/06.9TBVCT.G1.S1 e 05/05/2015, proc. nº 1725/12.3TBRG.G1.S1; do TRL de 15/12/2005, proc. nº 11735/2005-6; 14/02/2012, proc. nº 111/08.4TBMTA.L1-1; 01/03/2012, proc. nº 777/09.8TBALQ.L1-6 e 18/04/2013, proc. nº 3965/08.0TMSNT.L1-8; do TRP de 07/03/2005, proc. nº 0456404; 20/04/2010, proc. nº 1451/08.8TJPRT.P1; 15/09/2011, proc. nº 7679/08.3TBMTS.P1; 31/05/2012, proc. nº 1210/08.8TBGMR.P1; 24/02/2014, proc. nº 2644/10.3TBMTS.P1 e 08/09/2014, proc. nº 140/13.6TJPRT.P1; do TRC de 06/12/2011, proc. nº 447/09.7TBVIS.C1; e do TRG de 13/10/2011, proc. nº 1327/07.6TBPVZ.G1; 11/10/2012, proc. nº 1159/08.4TBVCT.G2 e 05/06/2014, proc. nº 1725/12.3TBRG.G1.

¹⁷⁰ Ac. do STJ, de 30/09/2010.

¹⁷¹ Ac. do TRG, de 13/10/2011.

que a *ratio* da lei é a proteção da posição do consumidor que se encontra desajustada face à posição do vendedor, pelo que a tutela do consumidor justifica uma interpretação distinta da interpretação dada ao art. 914º do CC enquadrado no regime da compra e venda de bens defeituosos, que foi pensado para relações jurídico-civis em que as partes se encontravam numa situação de paridade, o que não ocorre nas relações jurídicas de consumo. Assim também, podemos identificar um elemento sistemático que se aproxima do elemento teleológico, visto que o DL 67/2003 foi incluído no ordenamento jurídico português distinguindo-se do regime civil, exatamente para fazer face às necessidades específicas de proteção dos consumidores, considerados a parte contratual mais fraca na relação jurídica de consumo, de forma a reequilibrar as posições jurídicas das partes e atenuando esse desequilíbrio entre a posição do vendedor e a do consumidor¹⁷². E ainda, um argumento de origem histórica, já que, como foi referido *supra*, à luz da anterior redação do art. 12º da LDC, o consumidor não se encontrava sujeito a respeitar uma ordem de precedência entre os direitos, estando apenas limitado pelos ditames da boa fé, pelo que o legislador entendeu que a transposição da estrutura hierarquizada prevista no instrumento europeu configuraria um retrocesso na proteção dos interesses dos consumidores que já se tinha alcançado no nosso ordenamento jurídico. Por último, pode-se ainda invocar como argumento, que a própria Comissão Europeia interpreta a lei portuguesa, no sentido de conferir aos consumidores liberdade na escolha entre as várias soluções que lhe são atribuídas, sem reprovar a opção realizada pelo legislador português, visto que se encontra dentro da margem de discricionariedade conferida aos Estados pela Diretiva. Entende a Comissão, que Portugal, assim como outros Estados-Membros, “*utilizaram a cláusula relativa à harmonização mínima e introduziram variações em benefício do consumidor*”¹⁷³. Em contraposição a estes argumentos, cabe analisar os referidos anteriormente pelos autores que defendem a existência de uma hierarquia. Em primeiro lugar, o argumento sistemático no qual se pode retirar da ordem sequencial prevista no nº 1 do art. 4º, assim como dos nºs

¹⁷² Tal como alude o Ac. do STJ, de 05/05/2015, “*a razão de ser da introdução desta regulamentação mais protectora do comprador consumidor consiste em haver o legislador considerado o comprador - que seja consumidor - a parte mais fraca no respectivo negócio de compra e venda.*”

¹⁷³ Veja-se a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, incluindo uma análise da questão da eventual introdução da responsabilidade directa do produtor, de 24/04/2007, in COM (2007) 210, p. 7. Segundo a Comissão, a maioria dos Estados-Membros transpôs fielmente as soluções previstas nos arts. 3º, nº 2 e 3º, nº 5 da Diretiva. Apenas Portugal, Grécia, Lituânia e Eslovénia, conferiram liberdade de escolha ao consumidor. Como constata Sandra Bauermann, do confronto com o Direito alemão e espanhol resulta que “*o direito português traz um maior nível de proteção do consumidor, por exemplo, ao não estabelecer hierarquia entre os remédios colocados à disposição do consumidor para a falta de conformidade com o contrato*”, BAUERMAN, Sandra, ob. cit., p. 251.

2 e 4 do mesmo, uma hierarquização entre os direitos, não parece muito convincente face à literalidade do nº 5, que aponta expressamente para a opção do legislador português em afastar essa ordenação. Em segundo lugar, o argumento que se retira do art. 5º-A, nº 2 no que concerne ao ónus de denúncia do defeito, não parece igualmente relevante, visto que essa imposição tem apenas como objetivo informar o vendedor da existência de um defeito (em bom rigor, de uma falta de conformidade). Isto porque, a falta de conformidade coloca-o numa situação de sujeição face à possibilidade do consumidor poder exercer qualquer um dos direitos, nomeadamente, os direitos à redução do preço ou à resolução do contrato que configuram direitos potestativos, na medida em que, o seu exercício se basta com uma declaração unilateral à contraparte sem a necessidade de cooperação desta ou de um tribunal. Assim, o consumidor quando denuncia a desconformidade, não significa que tenha de optar pela reparação ou pela substituição do bem, aproveitando o ato da denúncia, declarando que pretende exercer a redução do preço ou a resolução do contrato. Em terceiro lugar, parece-me que os critérios utilizados no nº 5 do art. 4º, particularmente o abuso de direito, contribuem antes para uma interpretação no sentido da inexistência de uma hierarquia expressa e não o contrário. Ou seja, o facto do legislador prever o abuso de direito como uma limitação, constitui um indício forte de que na verdade, o consumidor possui um direito a optar pelo exercício de um dos quatro remédios, porque sem a presença de um direito, não pode existir abuso¹⁷⁴. Se considerarmos que existe uma hierarquia expressa e rígida prevista no diploma, o consumidor não terá um direito de escolha, logo não pode exercer um comportamento abusivo na realização dessa escolha, pelo que a referência ao instituto do abuso de direito mostrar-se-ia inútil. Apontam ainda como argumento, a interpretação em conformidade com a Diretiva. Apesar de ser um elemento bastante relevante, não me parece por si só conclusivo, visto que sendo a Diretiva de harmonização mínima, permite aos Estados-Membros adotar disposições mais favoráveis ao consumidor com o objetivo de garantir um nível mais elevado de proteção da sua posição (art. 8º, nº 2 e considerando 24 da Diretiva), pelo que o art. 4º não constitui uma transposição incorreta do instrumento europeu, na medida em que confere maior proteção ao consumidor. Por fim, o argumento que utiliza o princípio do *favor negotii* e o respeito pelo princípio *pacta sunt servanda*, como uma diretriz de solução para o exercício preferencial dos direitos adstritos a repor a conformidade com o contrato e que conduzem ao cumprimento pontual do mesmo, parece-me ser o argumento com maior peso. Contudo,

¹⁷⁴ Como refere Oliveira Ascensão, “*pressupõe-se assim que há direito, mas há também defeito no exercício*”, ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral..., ob. cit., p. 239.

apresenta-se como uma solução *de iure constituendo*, pois *de iure constituto* considero que o legislador pretendeu dar prevalência ao princípio da proteção da parte contratualmente mais débil, atendendo à *ratio* do diploma, e conferindo ao consumidor liberdade de escolha quanto ao exercício de um dos direitos apenas ressalvando duas hipóteses: a impossibilidade e o comportamento abusivo. Importa assim, proceder à análise de cada um destes limites.

3. Os critérios limitadores do exercício dos direitos atribuídos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato

3.1. A impossibilidade

O primeiro critério limitador da liberdade de escolha no exercício dos direitos conferidos ao consumidor, referido pelo nº 5 do art. 4º, refere-se à impossibilidade. A impossibilidade constitui um limite material, pois resulta da própria natureza das coisas¹⁷⁵ e torna o cumprimento da prestação pelo profissional inexecutável. Por outras palavras, consiste na inviabilidade da solução para repor a conformidade com o contrato¹⁷⁶. No caso da reparação, esta será impossível, quando não existam condições técnicas para repor o bem em conformidade com o contrato devido à própria natureza da desconformidade¹⁷⁷ ou devido à inexistência de meios para a realizar¹⁷⁸ ou ainda, quando o bem se tenha tornado inaproveitável para o consumidor, ou seja, quando o consumidor deixa de poder retirar qualquer utilidade daquele¹⁷⁹. Também nas situações em que se entrega um bem totalmente diferente do bem acordado (*aliud pro alio*) a reparação não será logicamente possível¹⁸⁰, pois o meio idóneo a repor a falta de conformidade é a substituição, na medida em que, o que o consumidor pretende é substituir o bem entregue pelo bem acordado e não reparar o bem entregue, visto que este não foi o objeto do acordo. Em relação aos vícios de direito, como já referi anteriormente, entendo que a reparação não constitui o único meio viável para repor a conformidade com o contrato, pelo que a substituição também se afigura

¹⁷⁵ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 224.

¹⁷⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. III, ob. cit., p. 157.

¹⁷⁷ Por exemplo, no caso de bens alimentares fora de validade, a sua reparação não será naturalmente possível, apenas sendo possível a sua substituição.

¹⁷⁸ Imagine-se a situação em que o vendedor já não possui peças sobressalentes para proceder à reparação devido à antiguidade do bem, o que a torna impossível.

¹⁷⁹ Será o caso de uma televisão cuja componente elétrica avaria não sendo possível a reparação, o que torna o bem inaproveitável para o consumidor.

¹⁸⁰ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., pp. 224 e 225 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. III, ob. cit., p. 158.

possível nestas situações. No que toca à impossibilidade da substituição, esta pode-se verificar quando o bem tenha natureza infungível, embora alguns autores considerem que a infungibilidade do bem não tem sempre e necessariamente de conduzir à impossibilidade da substituição dependendo do que foi definido pelas partes, apesar de reconhecerem que não é isso que sucede na maioria dos casos¹⁸¹. Admite-se também, que a substituição é impossível nas situações em que o bem possua uma natureza específica, como sucede em relação à maioria dos bens em segunda mão¹⁸², ou ainda em relação aos bens construídos com materiais fornecidos pelo consumidor¹⁸³. No caso dos bens em segunda mão, existem autores que defendem que esta condição não é uma causa automática de impossibilidade, já que se o bem usado for de natureza fungível e o vendedor dispuser de outro exemplar da mesma série, justifica-se que seja obrigado à substituição¹⁸⁴. Por fim, a impossibilidade poderá advir ainda, do facto do bem se encontrar esgotado no mercado.

3.2. O Abuso de Direito

O segundo critério limitador do exercício dos direitos conferidos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato, referido expressamente pelo n.º 5 do art. 4.º, é o instituto do abuso de direito¹⁸⁵ que consiste num limite jurídico. Nestes termos, o diploma remete para o art. 334.º do CC, remissão essa que se afigura desnecessária pois sempre se aplicaria, na ausência de referência legal. No entanto, parece que o legislador não quis deixar margem para dúvidas interpretativas, esclarecendo que o consumidor possui de facto, um direito de escolha, mas que esse direito é condicionado pelo carácter abusivo da escolha. Assim, o art. 334.º do CC estabelece que “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons*

¹⁸¹ Assim, PINTO, Paulo Mota, Conformidade e Garantias..., ob. cit., p. 258; CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 225 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. III, ob. cit., p. 158. O argumento utilizado por este último autor é o de que, no nosso CC (artigo 207.º), o conceito de coisas fungíveis é determinado em concreto face à estipulação das partes, pelo que “*parece não tornar absolutamente impossível uma substituição de coisas infungíveis*”. Por exemplo, a *Mona Lisa* é um quadro infungível, mas se o objeto do acordo incidiu sobre um qualquer quadro de Leonardo da Vinci, então já será fungível, podendo ser substituído.

¹⁸² A este propósito, o considerando 16 da Diretiva, esclarece que “a natureza específica dos produtos em segunda mão torna, de modo geral, impossível a sua reposição” e portanto, “o direito do consumidor à substituição não é, em geral, aplicável a esses produtos”.

¹⁸³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. III, ob. cit., p. 158.

¹⁸⁴ TWIGG-FLESNER, Christian/BRADGATE, Robert, The E.C. Directive On Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – All Talk and No Do?, *apud* LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. III, ob. cit., p. 158, nota (351).

¹⁸⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o instituto do abuso de direito, veja-se, SÁ, Fernando Cunha de, O Abuso do Direito no Código Civil, Lisboa, 1972. Segundo os ensinamentos de Fernando Cunha de Sá, “*no abuso do direito, excedem-se os limites materiais desse direito, aquelas precisas fronteiras que lhe são marcadas pelo seu imanente sentido axiológico-jurídico*”, SÁ, Fernando Cunha de, O Abuso do Direito..., ob. cit., p. 468.

costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Ora, segunda esta norma os limites ao exercício do direito são de três ordens.

Em primeiro lugar, o limite imposto pelo princípio da boa fé¹⁸⁶, que se concretiza, no Direito português, num plano subjetivo¹⁸⁷ e num plano objetivo. No primeiro está em causa um estado do sujeito que exerce o direito, sendo que este estará de boa fé se desconhecer ou ignorar certos factos¹⁸⁸ ou se desconhecer sem culpa ou a sua ignorância for desculpável¹⁸⁹, ou ainda, se tomar consciência de certos fatores¹⁹⁰. O segundo plano objetivo remete para princípios, regras gerais de atuação, ditames ou limites, e portanto, a boa fé atua aqui como uma regra imposta do exterior e que as pessoas devem observar¹⁹¹. A boa fé surge assim, no art. 334º, no seu sentido objetivo, não sendo necessário que o titular do direito tenha consciência de estar a realizar um comportamento abusivo, basta que segundo as regras gerais de atuação esse abuso se verifique. Desta forma, através da boa fé, o abuso de direito apela a dois princípios básicos do sistema que servem de mediação entre a boa fé e os casos concretos: o princípio da tutela da confiança e o princípio da primazia da materialidade subjacente¹⁹². Segundo o primeiro princípio, a confiança de uma pessoa é merecedora de tutela por parte do direito se: a situação de confiança criada for conforme com o sistema o que concretiza uma situação de boa fé subjetiva; houver uma justificação plausível para essa confiança; existir um investimento nessa confiança e a situação de confiança for imputada à pessoa que a criou e contra quem vai ser exercida a tutela dada ao confiante¹⁹³. Quanto ao segundo princípio que se traduz na avaliação de condutas em termos materiais e não meramente formais, de acordo com o alcance concreto do fim dessa conduta, podem-se apontar três formas de concretização do mesmo: a conformidade material das condutas que determina ser contrária à boa fé a conduta que apenas na forma atinja os objetivos que o Direito impõe; a idoneidade valorativa que impede que alguém beneficie de um ilícito seu para tirar partido contra

¹⁸⁶ Para mais desenvolvimentos sobre o princípio da boa fé, veja-se, CORDEIRO, António Menezes, Da Boa fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 1997.

¹⁸⁷ A boa fé subjetiva desdobra-se ainda em dois sentidos: um sentido psicológico, estando de boa fé quem simplesmente desconheça certo facto, mesmo que óbvio; e um sentido ético, estando de boa fé quem desconheça certo facto de forma não culposa, ou seja, não basta um mero desconhecimento do facto, exige-se que desconheça, sem culpa, aquilo que deveria conhecer. Vide, esta questão em ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 404 e ss. e ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral..., ob. cit., pp. 190 e ss.

¹⁸⁸ Arts. 119º, nº 3; 243º, nº 2; 1260º, nº 1 e 1340º, nº 4 do CC.

¹⁸⁹ Arts. 291º, nº 3 e 1648º, nº 1 do CC.

¹⁹⁰ Art. 612º, nº 2 do CC.

¹⁹¹ Arts. 3º, nº 1; 227º, nº 1; 239º; 272º; 334º; 437º, nº 1 e 762º, nº 2 do CC.

¹⁹² Segundo os ensinamentos de ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Tratado..., ob. cit., pp. 409 e ss.

¹⁹³ Assim, ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Tratado..., ob. cit., pp. 411 e ss.

outrem; e o equilíbrio no exercício das posições jurídicas que impede atuações gratuitas danosas e atuações gravemente desequilibradas¹⁹⁴.

O segundo limite imposto pelo art. 334º, refere-se ao respeito pelos bons costumes, o que nos remete para regras éticas e da moral social, que constituem “*uma referência que é extra-sistemática através da qual o Direito procura encontrar, fora dos seus quadros reguladores formais, critérios de decisão e de valor que o transcendem e que, nessa medida, o dominam*”¹⁹⁵.

Por fim, o terceiro limite refere-se à função social e económica do direito, que determina que o exercício de um direito será abusivo na medida em que, ultrapasse as finalidades para as quais foi consagrado e que se encontram subjacentes à norma que o prevê¹⁹⁶.

3.3. Os comportamentos abusivos por parte do consumidor

Importa agora indagar, que tipo de comportamentos abusivos pode incorrer o consumidor ao exercer o seu direito de escolha no que toca ao exercício dos quatro remédios consagrados no DL 67/2003.

Antes de mais, cabe referir que as relações jurídicas de consumo apresentam especificidades face às relações jurídico-civis, em que as partes se encontram numa situação de igualdade. Contrariamente a estas, as relações jurídicas de consumo caracterizam-se por apresentarem uma desigualdade material entre as partes contratantes, sendo o consumidor a parte mais fraca, leiga e desprotegida, sem conhecimentos técnicos sobre os bens que adquire e sem capacidade negocial. Assim, o Direito do Consumo, e nomeadamente o DL 67/2003, têm o objetivo de reequilibrar as posições contratuais, conferindo maior proteção ao consumidor, na medida em que situações diferentes devem ser tratadas de modo diferente, segundo o princípio constitucional da igualdade material (art. 13º da CRP). Constituindo as relações jurídicas de consumo, relações materialmente diferentes das relações jurídicas entre particulares, devem ser tratadas de modo diferente e consequentemente, a aplicação do critério limitador do abuso de direito neste âmbito deve ter em conta os objetivos de proteção dos consumidores com os quais deve ser

¹⁹⁴ ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Tratado..., ob. cit., pp. 415 e ss.

¹⁹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 659. *Idem*, Oliveira Ascensão, referindo que, “*através desta cláusula geral, se dá a abertura da ordem jurídica a preceitos da moral social*”, ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral..., ob. cit., pp. 249 e 250.

¹⁹⁶ Como refere Oliveira Ascensão, “*toda a atribuição jurídica é realizada para utilidade social*”, logo, “*o exercício do direito não se pode fazer de maneira que esta destinação básica seja violada*”, ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral..., ob. cit., p. 245. Sobre esta função económica e social dos direitos, veja-se as diferentes doutrinas funcionais em ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Do Abuso do Direito: estado das questões e perspectivas, in ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II, Coimbra, 2010, pp. 158 e ss.

articulado¹⁹⁷. Posto isto, parece-me que a apreciação dos pressupostos para se considerar um comportamento como abusivo por parte de um consumidor, deve ser mais exigente do que numa situação civil comum.

Neste contexto, cabe apreciar a questão de saber se as situações descritas na Diretiva que se reconduzem a situações desproporcionais, podem ser consideradas comportamentos abusivos à luz do art. 334º do CC para o qual remete o nosso DL. Por outras palavras, se o abuso de direito é suscetível de abarcar o conceito de desproporcionalidade tal como resulta dos termos da Diretiva. Há quem entenda que não, pois “*o conceito da Directiva é bastante mais preciso, assentando numa ponderação dos custos para ambas as partes*”, sendo que “*a simples remissão para o art. 334º é manifestamente insuficiente para fazer aplicar estes critérios*”¹⁹⁸. No entanto, deve-se ter em conta que uma das figuras-tipo do abuso de direito¹⁹⁹, reporta-se ao chamado desequilíbrio no exercício das posições jurídicas, segundo a qual o titular de um direito, deve sempre exercê-lo de modo a causar os menores danos possíveis a outrem²⁰⁰. Um dos seus subtipos mais relevante, consiste na grave desproporcionalidade entre as vantagens auferidas pelo titular do direito e os sacrifícios impostos pelo seu exercício à contraparte²⁰¹. Parece-me que este subtipo é suscetível de abranger as situações previstas pelo art. 3º, nº 3 da Diretiva, na medida em que, se um consumidor, em caso de desconformidade do bem com o contrato, optar por exercer o seu direito à reparação ou à substituição, e as vantagens que auferir forem

¹⁹⁷ Segue-se assim, o entendimento de Maria Alves, que refere que “*sendo a conduta abusiva em geral impedida quando o titular do direito excede manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico e social do direito, não poderemos dissociar a conduta abusiva do agente, pelo que, sendo o agente um consumidor, teremos que ter em conta essa condicionante na interpretação de uma sua conduta, em hipótese, abusiva*”, ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 74.

¹⁹⁸ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Vol. III, ob. cit., pp. 158 e 159.

¹⁹⁹ Posteriormente à consagração legal do instituto do abuso de direito, a doutrina e a jurisprudência densificaram uma série de situações mais frequentes e que se agruparam em sub-institutos segundo os seus traços mais característicos. Assim, é possível desdobrar o abuso de direito nas seguintes figuras típicas: *venire contra factum proprium*, *exceptio doli*, inalegabilidade formal, *supressio*, *tu quoque* e desequilíbrio no exercício das posições jurídicas. Para maiores desenvolvimentos sobre cada uma destas figuras típicas, vide ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Do Abuso do Direito, ob. cit., pp. 126 e ss. e Da Boa fé..., ob. cit., pp. 771 e ss.

²⁰⁰ ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Do Abuso do Direito, ob. cit., pp. 155 e ss. e ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral..., ob. cit., pp. 264 e ss.

²⁰¹ A doutrina divide este tipo em três subtipos: o exercício danoso inútil; o *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*; e a grave desproporcionalidade entre o benefício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem. No exercício danoso inútil, o agente causa desnecessariamente prejuízos a outrem, visto que não retira do exercício qualquer proveito próprio. Já o brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, refere-se a um conjunto de situações em que uma pessoa exige a outra, de forma inútil e danosa, o que posteriormente lhe deve restituir. Por fim, a desproporcionalidade no exercício, corresponde a um grupo de situações em que as vantagens auferidas pelo titular do direito não justificam os excessivos prejuízos impostos à contraparte. Enunciando estes três subtipos, ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Do Abuso do Direito, ob. cit., p. 155.

manifestamente desproporcionais face aos sacrifícios impostos ao vendedor, esta situação pode-se reconduzir à figura do desequilíbrio no exercício das posições jurídicas pelo que constituirá um comportamento abusivo, abrangido pelo art. 334º do CC²⁰². Por exemplo, relativamente a um bem de baixo custo do qual o vendedor disponha de vários exemplares em stock, pode ser significativamente mais caro o custo da reparação face ao custo da substituição²⁰³, e num bem de preço elevado em que a reparação seja tecnicamente simples, o custo da substituição será à partida significativamente mais caro que o da reparação. Estas soluções a serem exigidas pelo consumidor e, ao acarretarem custos excessivos para o vendedor, isto é, significativamente mais elevados que os da outra forma de reparação tal como esclarece o considerando 11 da Diretiva, não podem deixar de ser consideradas situações abusivas atentatórias da boa fé. Mas se, por exemplo, for um bem novo de preço elevado e a reparação desvalorizar gravemente o seu valor no mercado, já se pode justificar a substituição²⁰⁴, na medida em que, os custos impostos ao vendedor não serão excessivamente desproporcionais face às vantagens auferidas pelo consumidor pela não desvalorização do bem que resultaria da reparação. E portanto, deve ser sempre feita uma ponderação custo-benefício, para verificar se no caso concreto a opção exercida pelo consumidor deve ser considerada como abusiva.

No que concerne às situações previstas no nº 5 do art. 3º da Diretiva, estas referem-se aos casos em que o consumidor tem direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato. A primeira situação determina que o consumidor terá direito à resolução ou à redução do preço se não tiver direito à reparação ou à substituição. Ora, isto pode acontecer se, nos termos do nº 3, ambas as soluções se revelarem impossíveis ou desproporcionais, pelo que o consumidor só se pode fazer valer do direito à resolução ou à redução, e portanto também esse exercício não poderá ser considerado abusivo à luz do nosso diploma. Quanto à segunda situação, esta determina que o consumidor pode exercer o direito à resolução do contrato ou à redução do preço, se o vendedor não tiver respondido a conformidade com o contrato através da reparação ou da substituição num prazo razoável. Nestas situações, a reparação e a substituição são possíveis e proporcionais, mas justifica-se o recurso aos outros direitos devido a um facto que é imputável ao vendedor, o decurso de um prazo de tempo razoável. Ora, também à luz do nosso diploma, o incumprimento do prazo atribuí ao consumidor o direito a optar por outra solução, nomeadamente a resolução

²⁰² Assim, ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 77. Aparentemente, neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 225.

²⁰³ SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 84.

²⁰⁴ SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 84.

do contrato, sem que essa opção se possa considerar abusiva. Esta conclusão resulta do espírito da lei, apesar de não se encontrar expressamente prevista²⁰⁵. Por fim, a última situação prevista, determina que o consumidor tem direito à resolução do contrato ou à redução do preço se o vendedor não tiver encontrado uma solução sem grave inconveniente para o consumidor. Também nestes casos, o recurso à resolução ou à redução não configurarão comportamentos abusivos à luz do DL 67/2003, pois é o vendedor que permite que tal situação aconteça ao não repor a conformidade sem grave inconveniente, pelo que esse facto lhe é imputável²⁰⁶. Ora, se nestas situações basta uma falha do vendedor relativamente à não reposição da conformidade com o contrato para se considerar o recurso ao direito à resolução do contrato como não abusivo, obviamente, e por maioria de razão, as falhas ou as recusas reiteradas e continuadas por parte do vendedor em não repor a conformidade, permitirão sem quaisquer margem para dúvidas, o direito à resolução, sem que esse exercício se possa considerar abusivo²⁰⁷. Além do mais, se no próprio regime civil é conferida apenas mais uma oportunidade ao devedor para cumprir a sua obrigação, através do estabelecimento do prazo admonitório (art. 808º, nº 1 do CC), sendo que se a não realizar considera-se definitivamente incumprida a obrigação, porque razão teria um consumidor de suportar várias tentativas de cumprimento por parte do vendedor? Acresce ainda que, a consideração como abusiva do recurso à resolução nestes casos, mostra-se uma interpretação contrária à Diretiva, na medida em que esta se baseia no “*princípio das duas oportunidades*” para o vendedor cumprir a sua obrigação, e não em três, quatro ou mais.

No que toca ao nº 6 do art. 3º da Diretiva, este determina que o consumidor não tem direito à resolução do contrato se a falta de conformidade for insignificante. Parece-me que o exercício do direito à resolução do contrato no caso de a falta de conformidade se revelar insignificante, representará um exercício abusivo do direito, pois essa exigência do consumidor será atentatória da boa fé²⁰⁸. Por exemplo, se o consumidor exigir de forma obstinada a resolução do contrato por se ter descosido um simples botão na camisa que adquiriu, dificilmente se pode considerar que estará a agir de boa fé, isto é, de forma leal e honesta. Este tipo de situações são também suscetíveis de serem reconduzidas à figura do

²⁰⁵ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit. pp. 227 e 228 e ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 78.

²⁰⁶ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit. p. 226 e ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 79.

²⁰⁷ Assim, Ac. do STJ, de 05/05/2015.

²⁰⁸ CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., p. 231 e SILVA, João Calvão da, Venda de Bens..., ob. cit., p. 85. Contudo, este último autor, não resolve a questão em sede de abuso de direito, mas entende que a regra da Diretiva já resulta das regras gerais sobre o direito à resolução (arts. 793º e 802º do CC), razão pela qual não se transpôs tal norma.

desequilíbrio no exercício das posições jurídicas, especificamente à desproporcionalidade no exercício, visto que o consumidor exerce um direito que sanciona o vendedor, devido a uma falta de escassa importância o que lhe causa prejuízos desnecessários em comparação com as vantagens que o exercente auferir com aquele exercício²⁰⁹. E portanto, à luz do nosso sistema, também não será possível ao consumidor recorrer de imediato ao direito à resolução, se a falta for insignificante, na medida em que se encontra limitado pelo critério do abuso de direito. Contudo, há que ter em consideração a especial posição contratual do consumidor e os objetivos de proteção deste, com os quais o critério do abuso deve ser articulado, pelo que nestes casos deve “*existir uma desproporção acentuada entre o exercício do direito de resolução e a dimensão dos defeitos que o fundam, a exigir que se lance mão do instituto do abuso de direito*”, ou seja, “*só uma desproporção manifesta entre a resolução pretendida e a insignificância dos meios necessários à reparação dos defeitos pode apontar para o abuso*”²¹⁰.

Pode-se ainda apontar outro tipo de comportamentos abusivos por parte do consumidor. Por exemplo, configurará uma situação abusiva aquela em que o consumidor suscitou no vendedor uma confiança legítima de que não iria exercer nenhum ou algum dos direitos que lhe são atribuídos, mas mais tarde vem a exercê-los, o que se reconduz a um *venire contra factum proprium*²¹¹. O *venire* constitui outro grupo de situações abusivas em que a mesma pessoa realiza duas condutas diferidas no tempo mas contraditórias entre si, isto é, a primeira (o *factum proprium*) é contraditada pela segunda (o *venire*). É esta oposição ou incongruência entre as condutas que justifica a recondução a um comportamento abusivo²¹². Claro que sendo o consumidor a parte contratual mais débil numa relação de consumo, os pressupostos que determinam que a confiança do vendedor, é uma confiança merecedora de tutela por parte do direito, devem ser mais exigentes do que os que se aplicam numa situação civil comum em que as partes se encontram numa situação de paridade. E portanto, não bastará um mero comportamento do consumidor no sentido de que não irá exercer os direitos, tem sim de se verificar todo um conjunto de comportamentos fático-concludentes que apontem manifestamente para a não invocação dos direitos, de forma a que para um qualquer vendedor normal colocado naquela situação em concreto, o levaria a confiar igualmente nesse não exercício. Por exemplo, um

²⁰⁹ ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 78.

²¹⁰ Neste sentido, Ac. do TRP, de 15/09/2011.

²¹¹ ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 79.

²¹² ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Do Abuso do Direito, ob. cit., pp. 144 e ss. e ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral..., ob. cit., pp. 270 e 271.

consumidor que realiza várias reclamações ao vendedor denunciando a situação de desconformidade do bem com o contrato, mas o continua a utilizar pois não possui outra opção, não atua em *venire contra factum proprium*, pois a sua conduta não se afigura contraditória visto que, demonstra claramente a sua intenção de não conformação com a situação não lhe sendo exigível que tenha de abdicar da utilização do bem²¹³. Também configurarão situações abusivas, os casos de má utilização do bem, em que o consumidor danifica o bem culposamente e invoca perante o vendedor uma falta de conformidade do bem, tentando prevalecer-se dos direitos que lhe são legalmente atribuídos. Este comportamento abusivo, é suscetível de ser reconduzido à figura-tipo do *tu quoque*, sendo que esta figura exprime a máxima segundo a qual, uma pessoa que viole uma norma jurídica não pode beneficiar dessa violação prevalecendo-se da situação jurídica dela decorrente ou exercendo uma posição jurídica violada pela própria, ou ainda, exigindo a outrem o acatamento da situação violada²¹⁴. Ora nesta situação em concreto, o consumidor também tira partido de uma situação por si criada, tentando prevalecer-se da situação jurídica dela decorrente²¹⁵. Neste último grupo de casos, ao contrário de todos os descritos anteriormente, o comportamento abusivo do consumidor não se reconduz à escolha entre os vários remédios que lhe são atribuídos, mas sim à própria exigência de qualquer um dos remédios.

Chegados a este ponto, e perante o que foi exposto, será que a hierarquia entre os direitos atribuídos ao consumidor perante uma falta de conformidade do bem com o contrato estará de todo excluída do DL 67/2003? É esta a questão a que procurarei responder de seguida.

4. O regime implicitamente hierarquizado do Decreto-Lei 67/2003

Como ficou *supra* exposto, considereirei que o legislador português não consagrou uma hierarquia entre os direitos atribuídos ao consumidor no DL 67/2003, nos mesmos termos em que a Diretiva a consagra. Isto porque, os critérios limitadores previstos no diploma de transposição, nomeadamente, o abuso de direito, não foram consagrados com o objetivo de impor uma hierarquia. Se fosse esse caso, o legislador nacional teria transposto, *ipsis*

²¹³ Veja-se o Ac. do TRL, de 06/12/2011, proc. nº 850/10.OYXLSB.L1-7, onde se defende que: “*não actua em abuso de direito, na modalidade de venire contra factum proprium, o comprador que continua a utilizar o veículo, quando sempre demonstrou a sua intenção de não se conformar com a situação*”.

²¹⁴ ANTÓNIO, Menezes Cordeiro, Do Abuso do Direito, ob. cit., pp. 153 e ss. e ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral..., ob. cit., pp. 269 e 270.

²¹⁵ ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 80.

verbis, o regime da Diretiva, o que não sucedeu. Tal como referi anteriormente, esta não transposição teve como fundamento a preocupação em não diminuir a proteção do consumidor já alcançada no nosso ordenamento jurídico, que constava do art. 12º da LDC. Assim, o legislador português serviu-se de forma legítima, da regra prevista no art. 8º, nº 2 da Diretiva para adotar um regime mais protetor do consumidor.

Contudo, apesar de não se ter consagrado uma hierarquia expressa tal como a consagrada pela Diretiva, parece-me que essa hierarquização acaba, em última análise, por acontecer devido à aplicação dos critérios limitadores do direito de escolha do consumidor²¹⁶. Isto porque, na maioria dos casos, o desrespeito pela ordem de precedência prevista na Diretiva, configurará um comportamento abusivo²¹⁷. No entanto, considero que não se trata de uma hierarquia expressa como a que resulta da Diretiva, mas sim de uma hierarquia implícita que decorre dos limites ao exercício dos direitos. Por outras palavras, não é uma hierarquia que decorre diretamente da lei e que se impõe de forma geral e abstrata a todas as situações da vida, mas sim uma hierarquia que se verifica casuisticamente e que é imposta pelos ditames da boa fé através do instituto do abuso de direito. Na minha opinião, o legislador pretendeu de facto, atribuir um direito de escolha ao consumidor na medida em que esclareceu, que o abuso de direito era um critério limitador daquele, pois tal como todos os direitos, mesmos os chamados direitos absolutos, o seu exercício não é totalmente livre, implicando certas limitações²¹⁸. Ora, nos termos do DL 67/2003, a falta de conformidade do bem com o contrato é um elemento constitutivo do direito a exercer qualquer um dos quatro remédios, todavia esse exercício pode, em concreto, ser limitado. Nos termos da Diretiva, a falta de conformidade do bem com o contrato é um elemento constitutivo do direito a exercer a reparação ou a substituição do bem, impondo-se sempre como solução *a priori*.

Esta opção consagrada na nossa lei, é objeto de críticas por parte de alguma doutrina, que defende que a melhor opção seria a previsão de um escalonamento entre os direitos tal como na Diretiva, visto que se deve dar prevalência às soluções que conduzem à integral execução do negócio²¹⁹, além de que a hierarquia confere maior certeza e segurança²²⁰ o

²¹⁶ Segue-se assim, o entendimento de Januário da Costa Gomes, que sustenta que “*a hierarquização acaba, in fine, por poder acontecer, não nos termos, digamos “step-by-step”, da Directiva, mas em função do esgotamento de uma solução a priori mais adequada (...) ou da aplicação do princípio da boa fé*”, GOMES, Manuel Januário da Costa, ob. cit., p. 137.

²¹⁷ Assim, ALVES, Maria Miguel dos Santos, ob. cit., p. 82.

²¹⁸ Como refere Oliveira Ascensão, “*os direitos não são absolutos, também no sentido de que não são outorgados de maneira que os titulares possam proceder como entendam no seu exercício, sem que a ordem jurídica tenha qualquer interferência*”, ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral..., ob. cit., p. 239.

²¹⁹ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O Novo Regime..., ob. cit., p. 58.

que tem a vantagem de conduzir o consumidor para as soluções mais conformes com a normalidade das coisas e das situações, protegendo-o contra soluções radicais ou precipitadas²²¹.

Contudo, parece-me que a solução prevista pelo diploma português apresenta-se como uma solução merecedora de alguns elogios. Na verdade, o DL 67/2003 acaba por proteger situações dignas de tutela que a Diretiva não protege. Por exemplo, numa situação em que a falta de conformidade configura uma falta de tal modo grave, que comprometa irremediavelmente a confiança depositada pelo consumidor na pessoa do vendedor, não se vê porque razão não poderá o consumidor recorrer de imediato ao direito à resolução do contrato. Ou ainda, numa situação em que o vendedor aja de má-fé com a intenção de prejudicar o consumidor. De facto, o vendedor é objetivamente responsável pelas desconformidades do bem com o contrato, mas numa situação em que aja culposamente, será exigível ao consumidor ter de suportar uma segunda tentativa de cumprimento por parte do vendedor? Assim também, nos casos de falta de conformidade insignificante, verificou-se que a Diretiva nos termos do nº 6 do art. 3º veda em qualquer caso o direito à resolução, e nessa medida restringe o âmbito de aplicação do nº 5 do mesmo artigo, pois nestas situações se a falta de conformidade for insignificante o consumidor apenas tem direito à redução do preço. Ora, imagine-se uma situação em que apesar de a falta ser de escassa importância, o vendedor recusa-se incessantemente a proceder à reparação ou à substituição do bem. Será que nessa situação continua a justificar-se a exclusão do direito à resolução? Parece-me que este incumprimento reiterado da obrigação do vendedor de repor a conformidade com o contrato, acaba por frustrar a confiança do consumidor de tal modo que pode justificar o direito à resolução também nestes casos sem que tal configure um comportamento abusivo, visto que o consumidor conferiu várias oportunidades ao vendedor para cumprir a sua prestação. Em todas estas situações, a Diretiva não permite o recurso *ab initio* ao direito à resolução, impondo sempre que se recorra primeiro ao direito à reparação ou à substituição salvo se, tal se mostrar impossível ou desproporcional para o vendedor. Já o DL 67/2003 permite proteger estas situações acabadas de descrever, pois apenas ressalva as situações de impossibilidade e de abuso de direito, e não parece que estes casos configurem comportamentos abusivos por parte do consumidor à luz do art. 334º do CC. Parece-me que será sim, contrário ao princípio da boa fé, nas primeiras duas situações impor que se recorra primeiramente ao direito à reparação ou à substituição e

²²⁰ SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens...*, ob. cit., p. 87.

²²¹ GOMES, Manuel Januário da Costa, ob. cit., p. 137.

quanto à última excluir o direito à resolução. Isto porque, a materialidade subjacente a estas situações é diferente. Se o diploma previsse o escalonamento entre os direitos tal como decorre da Diretiva, o vendedor sempre invocaria em qualquer caso, que o consumidor teria de suportar uma segunda tentativa de cumprimento da sua obrigação. Por estas razões, penso que a solução prevista na nossa lei, apesar de gerar maior imprevisibilidade e insegurança jurídica, confere de facto, maior proteção à posição do consumidor, o que se encontra de acordo com o espírito e a razão de ser do diploma. O que se perde em previsibilidade, ganha-se em proteção da parte contratualmente mais frágil. Apesar das críticas, constitui uma solução dinâmica, capaz de impor uma hierarquia apenas no caso em concreto através do princípio reitor da boa fé, o que leva a uma justa composição dos interesses das partes. Não me parece que com esta solução se absolutize a posição do consumidor, pois como foi exposto anteriormente, a maioria das situações previstas pela Diretiva que configuram situações de desproporcionalidade, são também suscetíveis de serem reconduzidas a comportamentos abusivos à luz do nosso diploma. Na minha modesta opinião, o crivo do abuso de direito, permite ao intérprete-aplicador analisar todas as circunstâncias do caso em apreço e os interesses em jogo, sem ter de aplicar sempre e necessariamente uma ordem de precedência entre os direitos com critérios rígidos, que em última análise pode frustrar a posição do consumidor que se pretende proteger.

Contudo, tenho de reconhecer que o regime hierarquizado previsto na Diretiva 1999/44/CE configura uma solução que muito provavelmente se irá expandir e harmonizar plenamente no seio dos Estados-Membros da UE. No que toca ao comércio eletrónico, a Comissão Europeia adotou recentemente duas propostas de diretiva a que já me referi anteriormente, a proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais²²² e a proposta de diretiva relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens²²³. Ora, da análise destas duas propostas, constata-se que o consumidor pode exercer os meios de compensação segundo uma ordem de precedência: num primeiro momento, o consumidor tem direito a ter os bens reparados ou substituídos dentro de um prazo razoável e sem qualquer inconveniente significativo; num segundo momento, o consumidor tem direito a uma redução do preço ou a rescindir o contrato sempre que a falta de conformidade não

²²² COM (2015) 634.

²²³ COM (2015) 635.

seja ou não possa ser solucionada através de reparação ou substituição²²⁴. Tal como a Diretiva 1999/44/CE, a escolha do consumidor entre a reparação e a substituição é limitada pela impossibilidade e pela desproporcionalidade, mas acrescenta-se ainda um outro critério limitativo, a ilegalidade da escolha. No entanto, apesar deste escalonamento entre os direitos imposto ao consumidor, ao contrário da Diretiva 1999/44/CE, a proposta relativa às vendas em linha de bens e outras vendas à distância, dispõe que aquele também pode beneficiar do direito à resolução do contrato mesmo nos casos em que a desconformidade seja insignificante, pois funciona como um forte incentivo para o vendedor repor a desconformidade numa fase inicial²²⁵, o que permite fazer face àquelas situações a que me referi *supra*, em que não seria possível, segundo a Diretiva, recorrer à resolução do contrato.

Assim sendo, se as propostas de diretiva forem adotadas, ao estabelecerem regras de harmonização plena, irão impor que o regime não hierarquizado do art. 4º do DL 67/2003 tenha de ser revisto, pois caso contrário tornar-se-á desconforme com o direito europeu, pelo menos, no que toca às matérias reguladas pelas futuras diretivas e que se reconduzem ao mercado digital, sendo que este mercado é cada vez mais utilizado pelos consumidores como um meio para a aquisição de bens ou conteúdos digitais, devido aos progressivos desenvolvimentos tecnológicos nas sociedades atuais.

²²⁴ Vide, respetivamente, os arts. 12º e 9º, da proposta de diretiva relativa aos conteúdos digitais e da proposta de diretiva relativa às vendas em linha de bens e outras vendas à distância, in COM (2015) 634, pp. 31 e 32 e COM (2015) 635, pp. 29 e 30.

²²⁵ Vide, o considerando 29 da proposta de diretiva relativa às vendas em linha de bens e outras vendas à distância, in COM (2015) 635, p. 24.

Conclusão

Ora, através da presente dissertação, estudei o regime dos direitos legalmente atribuídos ao consumidor, em caso de desconformidade do bem com o contrato previsto no DL 67/2003, analisando que tipo de direitos se encontram consagrados, o porquê da sua consagração, em que é que consistem e de que forma são estruturados pelo diploma.

Na medida em que o DL transpôs para o ordenamento jurídico português o regime da Diretiva 1999/44/CE, coube-me fazer uma análise das principais conclusões retiradas nos trabalhos preparatórios que deram origem ao regime final previsto na Diretiva. Assim, consagrou-se na Diretiva o conceito amplo e unitário de conformidade do bem com o contrato que foi sugerido pela Comissão Europeia na proposta de diretiva, afastando-se o critério da conformidade com as legítimas expectativas do consumidor sugerido no Livro Verde, pois como se viu, tinha sido objeto de grandes críticas por parte dos profissionais. A noção de conformidade do bem com o contrato foi acompanhada pela previsão de uma presunção de conformidade que abarca as situações mais comuns de conformidade do bem. Quanto aos meios de tutela legalmente atribuídos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato, a Comissão no âmbito do Livro Verde, através da análise dos diferentes regimes jurídicos nacionais relativos à garantia legal, constatou que os meios tradicionais consagrados consistiam no direito à anulação do contrato e no direito à redução do preço. Contudo, alguns sistemas jurídicos previam já como meios de tutela legal os meios tradicionais da garantia comercial que consistiam na substituição ou na reparação do bem. Tendo em conta este quadro jurídico, a Comissão na proposta de diretiva, sugeriu que os direitos conferidos ao consumidor seriam, além do direito à resolução do contrato e do direito à redução do preço, o direito à substituição ou à reparação do bem, visto que os primeiros mostravam-se demasiados rígidos e insuficientes para uma proteção eficaz da posição do consumidor. Na proposta, a Comissão propôs que o consumidor tinha o direito a escolher entre um daqueles quatro meios de tutela, não propugnando qualquer hierarquia entre eles. Contudo, no decorrer dos trabalhos preparatórios o Parlamento Europeu propôs uma relação de hierarquia entre os direitos, sendo que na sequência deste parecer, a Comissão alterou a sua proposta inicial de diretiva, restringindo a liberdade de escolha do consumidor através da introdução de uma ordem de precedência entre os direitos. Assim, na versão final da Diretiva, consagrou-se os quatro direitos legalmente conferidos ao consumidor pela desconformidade do bem com o

contrato: a reparação e a substituição do bem, a redução do preço e a resolução do contrato. A Diretiva estruturou estes direitos de uma forma hierárquica, sendo que num primeiro momento, o consumidor tem direito à substituição ou à reparação do bem se tal for possível ou proporcional, e apenas num segundo momento, terá direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato se não tiver direito a reparação nem a substituição ou se o vendedor não tiver encontrado uma solução num prazo razoável ou ainda sem grave inconveniente para o consumidor.

No que toca ao regime transposto para o sistema jurídico português através do DL 67/2003, verificou-se que a noção de conformidade do bem com o contrato prevista pelo diploma, configurou uma noção ampla e inovadora no Direito português que veio uniformizar várias situações que anteriormente tinham um tratamento diferente. Nessa medida, entendi que os vícios jurídicos, as situações de *aliud pro alio*, as situações de entrega de quantidade inferior à acordada, assim como, as situações em que se entrega um bem do tipo diverso do pactuado, estariam abrangidas pelo conceito de desconformidade, visto que se trata de um conceito amplo e unitário intencionalmente criado para abarcar várias situações possíveis de incumprimento da obrigação do vendedor, e desta forma, confere-se uma proteção mais alargada ao consumidor, submetendo-se estas situações a um regime jurídico que lhe é mais favorável do que o previsto no regime tradicional. Analisei ainda os diferentes critérios previstos no diploma que, tal como na Diretiva, pretendem facilitar a aplicação do princípio da conformidade com o contrato. Contudo, enquanto os critérios na Diretiva são formulados pela positiva, no Decreto-Lei são formulados pela negativa, ou seja, presume-se a não conformidade, se se verificar alguma das situações previstas.

Seguidamente verificou-se que o diploma português confere ao consumidor, tal como a Diretiva, os quatro direitos em caso de desconformidade do bem com o contrato, o que na verdade, não configura uma solução inovadora visto que, a LDC já previa o direito à reparação ou à substituição do bem e o direito à redução do preço ou à resolução do contrato. Posteriormente ao estudo de cada um dos direitos individualmente considerados, analisei de que forma os direitos conferidos ao consumidor pela desconformidade do bem com o contrato são estruturados pelo DL, se de uma forma hierárquica ou sem qualquer escalonamento entre eles. Ora, da análise das várias orientações, conclui que a doutrina e a jurisprudência maioritárias defendem, que o consumidor pode exercer qualquer um dos quatro direitos sem uma ordem de precedência. Assim, tomei posição quanto a esta divergência e considerei que a solução prevista na lei portuguesa é aquela que vai no

sentido de considerar que não existe uma hierarquia entre os direitos atribuídos ao consumidor, sendo que este pode livremente exercer qualquer um deles consoante a sua escolha. Apesar da liberdade de escolha conferida ao consumidor, esta não é totalmente livre, encontrando-se condicionada por dois critérios limitadores: a impossibilidade e o abuso de direito. Nesta medida, analisei cada um destes critérios e identifiquei algumas situações que configuram comportamentos abusivos por parte do consumidor, nomeadamente situações de desproporcionalidade que são proibidas à luz da Diretiva por desrespeitarem a hierarquia nela consagrada, mas que são igualmente suscetíveis de serem reconduzidas ao abuso de direito. Posto isto, apesar de não se ter consagrado uma hierarquia expressa tal como a consagrada pela Diretiva, considerei que essa hierarquização acaba, em última análise, por acontecer devido à aplicação dos critérios limitadores do direito de escolha do consumidor, impondo-se uma hierarquia implícita que decorre dos limites ao exercício dos direitos que se verifica caso a caso. Conclui, que a opção do legislador português, apesar das críticas, é merecedora de alguns elogios, na medida em que identifiquei determinadas situações dignas de tutela, que são objeto de proteção por parte do DL, mas que a Diretiva não protege, pois em tais situações, a imposição de uma ordem de precedência entre os direitos com critérios rígidos pode frustrar a posição do consumidor que se pretende tutelar.

Apesar destas considerações, reconheci que o regime hierarquizado previsto na Diretiva 1999/44/CE configura uma solução que se poderá harmonizar plenamente no seio dos Estados-Membros da UE devido às novas propostas de diretiva no âmbito do comércio eletrónico, onde se consagram regras de harmonização plena que, a serem adotadas, irão impor que o regime não hierarquizado do diploma português tenha de ser revisto, pois caso contrário tornar-se-á desconforme com o direito europeu.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de

- Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente, “Themis”, *RFDUNL*, Ano II, nº 4, 2001;
- Direito do Consumo, Lisboa, Almedina, 2004.

ALVES, Maria Miguel dos Santos, Os Direitos dos Consumidores em Caso de Desconformidade da Coisa Comprada e a Sua Articulação com o Abuso do Direito, *FDUNL*, Lisboa, 2010/2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira, Teoria Geral do Direito Civil, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora.

BAUERMAN, Sandra, A Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português e breves considerações sobre algumas soluções adotadas pela Espanha e Alemanha, *RPDC*, nº 51, Coimbra, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm, A Transposição da Directiva sobre Compra de Bens de Consumo para o Direito Alemão, *EDC*, nº 3, Coimbra, 2001.

CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Menezes

- Direito das Obrigações, Vol. II, reimp. da 1ª ed., Lisboa, AAFDL, 1994;
- Da Boa fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 1997;
- Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2009;
- Do Abuso do Direito: estado das questões e perspectivas, *in ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991.

FRANK, Jérôme, Directive 1999/44 du 25 Mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *EDC*, nº 2, Coimbra, 2000.

FROTA, Mário, Coisas Móveis Duradouras: o regime das garantias no ordenamento jurídico português, *RPDC*, nº 67, Coimbra, 2011.

GOMES, Manuel Januário da Costa, Ser ou não ser conforme, eis a questão: em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo, *Estudos de Direito das Garantias*, Vol. II, Coimbra, 2010.

JORGE, Fernando Pessoa, Direito das Obrigações, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1976.

LARCHER, Sara, *Contratos Celebrados Através da Internet: Garantias dos Consumidores Contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo*, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2005.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2005;
- *Direito das Obrigações*, Vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2010;
- *Direito das Obrigações*, Vol. III, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2010.

MARTINEZ, Pedro Romano

- *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994;
- *Empreitada de Bens de Consumo: A Transposição da Directiva nº 1999/44/CE pelo Decreto-Lei nº 67/2003*, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2005;
- *Da Cessação do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2005.

MORAIS, Fernando de Gravato, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Coimbra, Almedina, 2004.

OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

PINTO, Paulo Mota

- *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, a Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, *EDC*, nº 2, Coimbra, 2000;
- *Anteprojeto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito português - exposição de motivos e articulado*, *EDC*, nº 3, Coimbra, 2001.

PROENÇA, José Brandão, *A Resolução do Contrato no Direito Civil, Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra.

REIS, Nuno Tiago Trigo dos, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, Coimbra, 2009.

SÁ, Fernando Cunha de, *O Abuso do Direito no Código Civil*, Lisboa, 1972.

SERRA, Adriano Vaz, *Resolução do Contrato*, Lisboa, 1957.

SILVA, João Calvão da

- *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2004;
- *Venda de Bens de Consumo*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2010.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora.

TENREIRO, Mário & GÓMEZ, Soledad, La Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et de garanties des bienes de consommation, Revue Européenne de droit de la consommation, 2000.

TWIGG-FLESNER, Christian/BRADGATE, Robert, The E.C. Directive On Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – All Talk and No Do?

VASCONCELOS, Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

VICENTE, Dário Moura, Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980, “Themis”, *RFDUNL*, ano II, nº 4, Coimbra, 2001.

Índice

Menções diversas	v
Resumo	vii
Introdução	1
Capítulo I - Enquadramento da temática	5
1. A garantia legal nos diversos Estados-Membros anteriormente à Diretiva 1999/44/CE.....	5
1.1. Considerações gerais.....	5
1.2. Noção de defeito.....	5
1.3. Efeitos da garantia	6
Capítulo II - Antecedentes e aprovação da Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas	8
1. O Livro Verde sobre as garantias dos bens de consumo e serviços pós-venda.....	8
2. A Proposta de Diretiva	9
3. A Proposta alterada da Diretiva.....	11
4. O Acordo Político de Posição Comum do Conselho.....	11
5. A Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas	13
Capítulo III - A compra e venda de bens de consumo no ordenamento jurídico português	19
1. A tutela do consumidor	19
2. O método de transposição adotado pelo legislador português	20
3. O conceito de conformidade do bem com o contrato.....	21
3.1. Considerações gerais.....	21
3.2. Os critérios legais para a apreciação da conformidade do bem com o contrato..	27
4. Os direitos do consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato	34
4.1. Considerações gerais.....	34
4.2. O direito à reparação do bem	35
4.3. O direito à substituição do bem	38
4.4. O direito à redução do preço	40
4.5. O direito à resolução do contrato	41
4.6. Outros direitos conferidos ao consumidor	45

Capítulo IV - A relação entre os direitos do consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato	47
1. O regime previsto na Diretiva 1999/44/CE	47
2. O regime previsto no Decreto-Lei 67/2003	48
2.1. Considerações gerais	48
2.2. Orientação doutrinária e jurisprudencial	49
2.3. Posição adotada	52
3. Os critérios limitadores do exercício dos direitos atribuídos ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato	55
3.1. A impossibilidade	55
3.2. O Abuso de Direito	56
3.3. Os comportamentos abusivos por parte do consumidor	58
4. O regime implicitamente hierarquizado do Decreto-Lei 67/2003	63
Conclusão	68
Bibliografia	71