

O FUTURO DA COMPRA E VENDA (DE COISAS DEFEITUOSAS)

Por Mafalda Miranda Barbosa

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** A venda de coisas defeituosas, no Código Civil. **3.** A falta de conformidade da coisa com o conteúdo do contrato, no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril. **4.** A Diretiva (UE) 2019/771, de 20 de maio de 2019. *4.1.* O âmbito de aplicação. *4.2.* O princípio da conformidade e a responsabilidade do vendedor. *4.3.* Os remédios. *4.4.* A responsabilidade do produtor. **5.** As linhas orientadoras da proteção do consumidor no âmbito da compra e venda: reflexão conclusiva.

1. Introdução

De certo modo, pode dizer-se que o contrato de compra e venda surge como o arquétipo dos contratos bilaterais onerosos, para o que também contribuirá a sua tipicidade social. Definido nos termos do art. 874.º, CC, como “o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa ou outro direito, mediante um preço”, apresenta como deveres típicos de prestação principal a entrega da coisa ou direito, pelo vendedor, e o pagamento do preço, pelo comprador.

Não obstante esta simplicidade enunciativa e não obstante a autonomia privada que a este nível derrama a sua eficácia, o contrato de compra e venda assume maior complexidade, quando nos confrontamos com a multiplicidade de regimes que o podem disciplinar. Para além da disciplina geral do Código Civil, aplicável à compra a venda em geral, somos ainda confrontados com a disciplina da compra e venda comercial, isto é, aquela que é feita para revenda, nos termos do art. 463.º, C.Com., e com a

disciplina da compra e venda de consumo, regida, nos aspetos relativos à falta de conformidade da coisa com o conteúdo do contrato, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril⁽¹⁾.

A par destes regimes, topamos ainda com a disciplina da compra e venda consagrada na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, a qual, porém, Portugal, apesar de ter participado nos trabalhos preparatórios, nunca chegou a ratificar⁽²⁾.

Esta variedade de disciplinas justificava, por si só, uma reflexão aprofundada sobre o que deve ser, no futuro, a compra e venda. Tal reflexão parece impor-se com mais acutilância nos nossos dias, fruto das especificidades que a aquisição de bens digitais e de conteúdos digitais envolve⁽³⁾. Se isto não fosse bastante, a aprovação da Diretiva (UE) 2019/771, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, a implicar necessárias alterações à disciplina do contrato de compra e venda no nosso ordenamento jurídico, pela necessidade de transposição do diploma comunitário, torna-a inadiável.

Não pretendemos, por tal tarefa se revelar manifestamente impossível no quadro de um trabalho como o que agora se apresenta, levar a cabo a reflexão que se anuncia como imperiosa. O nosso propósito é, contra o que poderia ser sugerido pelo título do nosso artigo, muito mais modesto: dar conta, num momento em que ainda não se conhecem as opções do legislador português, das forçosas implicações que a transposição da

(1) Importa, ainda, lembrar a este propósito o regime da compra e venda de animais defeituosos. O art. 920.º CC excepciona o regime da venda de animais defeituosos, determinando que a mesma se rege por leis especiais ou, na falta delas, pelos usos. Somos, por isso, confrontados com o Decreto de 16 de dezembro de 1886. Sobre o ponto, cf. A. PINTO MONTEIRO/AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, “Venda de animal defeituoso: parecer”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIX, T. 5, 1994, p. 5 ss. Referindo-se a este problema, veja-se, ainda, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e segurança)*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 85, ss.

(2) Cf. Rui Moura RAMOS, “A Convenção de Viena de 1980 sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias Trinta e Cinco Anos Depois”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 92, Tomo I, 2016, pp. 1-21; RUI MOURA RAMOS/MARIA ÂNGELA COELHO, “Os meios à disposição do comprador, no caso de violação do contrato pelo vendedor, na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias”, *Revista de Direito e Economia*, 8/1, 1982, p. 83, ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação”, *Estudos de Direito Comercial Internacional*, I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 272, ss.; Joana FARRAJOTA, “Why hasn’t Portugal adopted the Convention on contracts for the international sale of goods”, *Themis*, 34, 2018, p. 119, ss.

(3) Cf., sobre o ponto, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Produtos complexos e proteção do consumidor — breve reflexão a propósito do caso Huawei/Google”, *Revista de Direito Comercial*, 3-2019, pp. 545-610.

citada diretiva terá no ordenamento jurídico pátrio. Nas páginas que se seguem, daremos, portanto, notícia do desenho básico da Diretiva (UE) 2019/771, articulando-a, sempre que adequado, com a sua congénere, a Diretiva (UE) 2019/770, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Significa isto que nem sequer abordaremos a compra a venda na sua globalidade, cingindo-nos às questões que são colocadas pela venda de coisas defeituosas.

2. A venda de coisas defeituosas, no Código Civil⁽⁴⁾

O Código Civil disciplina a venda de coisas defeituosas nos arts. 913.º, ss. Considera-se defeituosa a coisa que sofra de um vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada ou que não apresente as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim⁽⁵⁾. Em causa estão os chamados vícios ocultos do objeto negocial, distintos dos vícios da vontade⁽⁶⁾. Não obstante, o legislador, por

(4) Veja-se, a este propósito, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A imposição das obrigações decorrentes do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril, ao intermediário na venda”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147.º, n.º 4011, 2018, pp. 368-386, que aqui reproduzimos em alguns pontos, nesta contextualização do âmbito do problema central que iremos tratar.

(5) Cf. A. PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, “La protection de l’acheteur de choses défectueuses en droit portuguais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXIX, 1993, p. 259, ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, *Contratos em especial*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 122, ss.

(6) Entendeu-se tradicionalmente que a vontade jurídico-negocial não se estendia às qualidades da coisa. Estas, podendo ser o motivo da escolha do sujeito, ficariam fora da vontade. Daí que o erro sobre as qualidades da coisa tenha sido encarado por autores como Zitelmann como um erro-motivo, que seria equiparável por lei ao erro na declaração. Sobre o ponto, cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVI, 1970, p. 45. A perspetiva haveria de sofrer, contudo, uma mutação. Conforme esclarece Baptista Machado, depois do trabalho sobre a matéria de Flume, passa a entender-se que a vontade negocial se reporta quer à identificação, quer à entidade (constituição e qualidades) do objeto. Mais adianta o Autor que “a constituição da coisa pressuposta no acordo das partes, a qualidade que a coisa, segundo esse acordo, deve possuir é uma constituição que «deve ser», uma *Sollbeschaffenheit* — por contraposição àquilo que ela na realidade é, a sua *Istbeschaffenheit*”. (JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, p. 46). Donde se deve atender, continuando a acompanhar a exposição deste saudoso Mestre, ao erro sobre as qualidades na própria declaração negocial, sempre que o acordo das partes se refira a uma coisa com uma determinada qualidade. E este erro não deve classificar-se nem como um erro na declaração, nem como um erro nos motivos. Simplesmente, na contraposição entre o que a coisa deve ser e o que ela é, estamos no âmbito das consequências jurídico-negociais, afastando-nos do regime do erro. O que está em causa é a impossibilidade de cumprir o que foi acordado, adentrando-se no domínio do incumprimento. Segundo Baptista Machado, estar-se-ia aí

remissão do art. 913.º para o art. 905.º, CC, determina que o contrato pode ser anulado por erro ou dolo, desde que se verifiquem os requisitos de anulabilidade⁽⁷⁾. Esta parece ser a solução pensada para os casos em que a coisa já é defeituosa no momento da celebração do contrato, mas já não para as hipóteses de defeituosidade superveniente, isto é, em que o defeito surge depois da celebração do negócio, mas antes da entrega da coisa, nem para as hipóteses de venda de coisa futura ou de coisa indeterminada de certo género, situação em que estaremos diante de um caso de cumprimento defeituoso, se o vício for imputável ao devedor, nos termos do art. 918.º, CC⁽⁸⁾.

diante de um problema de *divergência entre o acordo e a realidade* e um problema de *impossibilidade qualitativa parcial originária* (JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, p. 47, ss.).

(7) Não está, não obstante, em causa um erro em sentido técnico-jurídico. Sobre o ponto, novamente, JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 45 s.; em sentido contrário, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 123; ANTUNES VARELA, “Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido”, *Coletânea de Jurisprudência*, 12, 1987, p. 29, ss.

(8) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 5, Coimbra, 2003, p. 126. Sobre o ponto, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 123, sublinhando que esta dualidade pode conduzir a iniquidades (de acordo com o exemplo oferecido pelo autor, se A escolhe numa ourivesaria um anel de brilhantes e descobre nele um risco, terá de provar o erro e os requisitos de relevância deste para se poder desvincular do negócio; mas, se encomendar um anel de brilhantes e o vendedor entregar um anel riscado, haverá incumprimento e uma possível indemnização, já não pelo interesse contratual negativo, mas pelo interesse contratual positivo), mas entendendo que, no plano do direito constituído, é esta a solução defensável. Veja-se, igualmente, ANTUNES VARELA, “Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido”, p. 29, ss. Em sentido diverso, cf. CARNEIRO DA FRADA, “Erro e incumprimento na não conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, 121, 1989, p. 463, ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e segurança)*, Coimbra, Almedina, 2008; ARMANDO BRAGA, *Compra e venda de coisas defeituosas: a venda de coisas defeituosas no código civil — a venda de bens de consumo*, Porto, 2005; MENGONI, “Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita”, *Studi in onore di Alfredo De Gregorio*, II, 1955, p. 127, ss.; e, com amplo desenvolvimento, JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, p. 35, ss. Partindo da análise dos arts. 905.º e 913.º CC, o autor nega que eles constituam simples especializações do regime geral do erro, considerando, outrossim, que é o vício da coisa (a “falta de qualidades próprias das coisas do mesmo tipo que, de conformidade com um acordo expresso ou tácito, aquela coisa concreta deveria possuir”), ou seja, a não conformidade ao conteúdo do acordo que constitui o fundamento para a aplicação do regime da venda de coisas defeituosas. O Autor opõe-se, assim, à posição de outros civilistas portugueses, entre os quais MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral da Relação Jurídica Civil*, II, Almedina, Coimbra, 2003, p. 231). Segundo BAPTISTA MACHADO, “bem pode a relevância do vício da coisa (ou do direito) estar na dependência da verificação de um erro e todavia não ser este, o erro, o verdadeiro fundamento daquela relevância” (cf. p. 36). Acresce que “alguns dos direitos concedidos ao comprador, como o direito à reparação ou substituição da coisa, o direito à redução do preço nos termos do art. 911.º e o direito a indemnização em caso de simples erro, não podem de forma alguma ter o seu fundamento no erro (da verificação de cujos pressupostos de relevância aliás não dependem).

O comprador terá, ainda, direito à reparação ou à substituição da coisa, nos termos do art. 914.º, CC, resultando do preceito a primazia do primeiro remédio em relação ao segundo. De facto, só haverá lugar à substituição se tal for necessário e se a coisa tiver natureza fungível. Estes direitos à reparação ou à substituição da coisa cessam se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade da coisa. A falta de culpa determina, ainda, que, nos casos de simples erro, o comprador perde o direito a uma indemnização. Esta terá lugar quando o vício ou a falta de qualidade eram conhecidas pelo vendedor ou eram desconhecidas, mas com culpa, bem como nas hipóteses de dolo. O comprador poderá ter, ainda, direito a uma redução do preço, nos termos do art. 911.º, CC.

Se da convenção das partes ou dos usos resultar uma garantia de bom funcionamento, o vendedor terá de reparar a coisa ou substituí-la, quando a substituição seja necessária e a coisa seja fungível, mesmo que não haja culpa sua e mesmo que não haja erro por parte do comprador⁽⁹⁾. Trata-se, portanto, da previsão de uma garantia convencional, distinta da garantia legal com que somos confrontados nos artigos que analisámos precedentemente⁽¹⁰⁾.

Os prazos para o exercício de todos estes direitos são relativamente curtos. A denúncia do defeito deve ser feita em trinta dias a contar do conhecimento daquele e sempre dentro dos seis meses subsequentes à entrega, elevando-se os prazos para um e cinco anos no caso de bens imóveis. A ação de anulação fundada em erro caduca se, findos os prazos mencionados, o comprador não tiver feito a denúncia ou, caso esta tenha tido lugar, no prazo de seis meses a contar desse momento⁽¹¹⁾. No caso de

Antes, tais direitos do comprador pressupõem uma base negocial — pressupõem, isto é, o seu fundamento no próprio contrato (no conteúdo deste) e, portanto não-de ser concebidos como efeitos jurídico-negociais; e não como puros efeitos legais, do mesmo modo que os efeitos do erro (...). O direito de anulação por erro ou dolo a que se referem os arts. 905.º e 913.º não representa um simples direito de arrependimento, não representa uma espécie de contradireito dirigido contra a validade de um determinado conteúdo negocial objetivamente válido, como acontece no típico direito de anulação fundado em erro; mas representa antes um direito baseado no conteúdo do negócio e, portanto, um efeito negocial” (cf. pp. 38-39). O autor não deixa de vincar, contudo, o carácter híbrido da disciplina contida nos arts. 905.º e 913.º CC.

(9) Sobre a questão de saber se poderá, caso haja uma garantia de bom funcionamento, exigir-se uma indemnização, mesmo nos casos em que não há culpa por parte do vendedor, cf. L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, p. 136.

(10) PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, “La protection de l’acheteur de choses défectueuses en droit portuguais”, p. 259, ss.; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 125.

(11) Salva-guarda-se, porém, a hipótese de o negócio não estar cumprido, nos termos do art. 287.º, n.º 2, para o qual somos remetidos pelo art. 917.º, CC. O prazo de caducidade também se deve

dolo, vale o prazo geral de arguição da anulabilidade, previsto no art. 287.º, CC.

3. A falta de conformidade da coisa com o conteúdo do contrato, no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril⁽¹²⁾

O princípio norteador da disciplina passa a ser o da conformidade dos bens com o contrato⁽¹³⁾, presumindo-se a não conformidade caso se verifi-

aplicar à ação de reparação e de substituição da coisa. Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 127.

⁽¹²⁾ Com as alterações do DL n.º 84/2008, de 21 de maio. O diploma citado resulta da transposição da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da compra e venda de bens de consumo e das garantias a ela associadas. Sobre o regime instituído pela diretiva e a sua transposição, a bibliografia é quase inabarcável, no nosso ordenamento jurídico e além-fronteiras. A título exemplificativo, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 123, ss.; SINDE MONTEIRO, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo”, *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, 1, 1998, p. 461, ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980”, *Themis*, ano II, 4, 2001, p. 121, ss.; PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2, Coimbra, p. 197, ss.; Id., “Anteprojeto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 3, Coimbra, 2001, p. 165, ss.; JÉRÔME FRANK, “Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente e des garanties des biens de consommation”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2, Coimbra, 2000, p. 159, ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Venda de bens de consumo: Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de Abril/Directiva 1999/44/CE — comentário”, Coimbra, 2003; LUÍS MENEZES LEITÃO, “*Caveat venditor?* A directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e as garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, *Direito Privado e Vária*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 263, ss.; Id., *Direito das obrigações*, III, p. 136, ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre a venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente”, *Themis*, ano II, 4, 2001, p. 109, ss.; CHRISTIAN TWIGG-FLESNER/ROBERT BARDGATE, “The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees. All talk and no do?”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 2, 2000, <www.webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html>. Para uma análise da necessidade de transposição da diretiva, em confronto com o direito interno português, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 130; PAULO MOTA PINTO, “Anteprojeto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado”, p. 165, ss. Neste ponto expositivo, acompanhamos — dando por reproduzidas algumas ideias fulcrais para a contextualização dos aspetos que pretendemos sublinhar no cerne deste trabalho — ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A imposição das obrigações decorrentes do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril, ao intermediário na venda”.

⁽¹³⁾ Para uma referência à influência da Convenção de Viena, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito*

que algum dos factos elencados no art. 2.º, n.º 2: não ser a coisa conforme com a descrição que dela é feita pelo vendedor ou não possuir as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado como amostra ou modelo; não ser adequada ao uso específico para o qual o consumidor a destine e do qual tenha informado o vendedor, quando celebrou o contrato, tendo aquele aceitado; não ser a coisa adequada à utilização habitualmente dada aos bens do mesmo tipo; não apresentar a coisa as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e às declarações públicas sobre as suas características concretas, feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente através de publicidade ou rotulagem. Do mesmo passo, equipara-se à falta de conformidade do bem a falta de conformidade da instalação, quando ela fizer parte do contrato de compra e venda e tiver sido efetuada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou quando o produto for instalado pelo consumidor, mas a má instalação resultar de falhas no dever de informação, no tocante às instruções de montagem.

Embora o regime do Código Civil já garantisse em certa medida a posição do comprador, o consumidor passa a estar dotado de uma tutela acrescida. Por um lado, deixa de recair sobre si o ónus, muitas vezes excessivo, de verificar as qualidades da coisa no momento da entrega, passando a impender sobre o vendedor a garantia da inexistência de desconformidades do bem com o contrato. A existência de factos que sustentam a presunção de não conformidade é disso reflexo bastante. Por outro lado, a operacionalidade das referidas presunções de não conformidade, constantes do art. 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 67/2003, parece beneficiar a parte mais frágil da relação no contrato de compra e venda.

Nos termos do art. 2.º, n.º 2, al. a), do Decreto-Lei n.º 67/2003, presume-se que os bens de consumo não são conformes com o contrato se se verificar que não são conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou se não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo. Se a segunda parte da presunção corresponde ao disposto no art. 919.º, CC, de acordo com o qual, sendo a venda feita sobre amostra, se entende que o vendedor assegura a existência de qualidades iguais às da referida amostra, nem por isso se apagam as diferenças. Em geral, é verdade que a descrição que o vendedor faça do bem pode ser interpretada, nos termos do art. 236.º, CC, como

das obrigações, III, p. 141; JÉRÔME FRANK, “Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente e des garanties des biens de consommation”, p. 160.

uma declaração tácita de garantia, integrando o conteúdo do contrato, pelo que a falta de conformidade entre a declaração e a coisa determina uma situação de não cumprimento, mas, não é menos certo que em muitas situações podemos não estar diante de uma verdadeira declaração negocial. Ora, de acordo com o Decreto-Lei n.º 67/2003, nem sequer necessitamos de indagar se a descrição do bem se integra ou não no conteúdo contratual, porque a sua integração resulta do direito objetivo, donde a não conformidade com a mencionada descrição desencadeia uma presunção de não conformidade com o contrato⁽¹⁴⁾.

Haverá também presunção de não conformidade, como se disse acima, quando o bem não é adequado ao uso específico para o qual o consumidor o destine e do qual tenha informado o vendedor, no momento da celebração do contrato, tendo aquele aceitado, ou quando o bem não é adequado às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo. Se se consagra uma conceção objetiva de defeito que também está prevista no art. 913.º, n.º 2, CC, há uma diferença de não pequena monta, já que o art. 2.º, n.º 2, al. c) do Decreto-Lei n.º 67/2003 lida com os critérios em termos cumulativos⁽¹⁵⁾.

Por último, presume-se a não conformidade com o contrato quando o bem de consumo não apresente as qualidades e o desempenho habituais dos bens do mesmo tipo, que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou por um seu representante, nomeadamente através da publicidade ou da rotulagem. Numa solução que parece já decorrer do art. 7.º, n.º 5, LDC (Lei de Defesa do Consumidor: Lei n.º 24/96, de 31 de julho), as informações precisas e

⁽¹⁴⁾ Sobre o ponto, cf. PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, p. 236. No mesmo sentido, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 147. O último autor citado acrescenta que, como o art. 2.º, n.º 2, do DL n.º 67/2003 não ressalva a hipótese de o vendedor ter recorrido a sugestões e artifícios considerados legítimos, segundo as conceções dominantes do comércio jurídico, isto é, não ter recorrido a *dolus bonus*, ou a hipótese de a amostra apenas servir para indicar de modo aproximado as qualidades do objeto, estas situações não excluem a responsabilidade do vendedor.

⁽¹⁵⁾ PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, 239; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 149. A cumulatividade a que nos referimos significa que, se para o art. 913.º, o critério só releva quando o fim a que a coisa se destina não resulta do contrato, em face da disciplina consumerística, é possível que, independentemente do fim específico, haja presunção de não conformidade. MENEZES LEITÃO considera, aliás, que a solução pode ser excessiva em certos casos, “já que se o consumidor declarar ao vendedor que pretende utilizar a coisa para determinado fim, e se verificar que ela é idónea para esse fim, mas não para outros fins para que habitualmente servem coisas do mesmo tipo, poderá mesmo assim reclamar falta de conformidade” — LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 149.

concretas incluídas em mensagens publicitárias passam a integrar o conteúdo do contrato, eventualmente ao arrepio do que resultaria do funcionamento das regras próprias da formação do negócio jurídico.

Esta garantia de conformidade pode ser excluída se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tiver conhecimento da falta de conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la, ou se esta decorrer de materiais fornecidos pelo consumidor, nos termos do art. 2.º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 67/2003. O conhecimento do vício pelo comprador também é relevante para o Código Civil, já que, se ele existir, não haverá erro, não se podendo lançar mão dos direitos previstos no art. 913.º, CC. Mas, de acordo com Menezes Leitão, parece existir aqui um retrocesso na proteção que é dispensada ao consumidor⁽¹⁶⁾. Na verdade, a Lei de Defesa do Consumidor, antes da alteração introduzida pelo diploma que temos vindo a acompanhar, “apenas excluía a garantia do bom estado e do bom funcionamento da coisa (...), quando o consumidor a quem seja fornecida a coisa com defeito dela tenha sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato”, pelo que inexistia qualquer ónus de o comprador examinar a coisa comprada, ónus que passou a existir com o Decreto-Lei n.º 67/2003⁽¹⁷⁾. De modo a não agravar a posição do consumidor, Menezes Leitão defende, então, que a exclusão da responsabilidade do vendedor fique limitada aos casos de culpa grave do consumidor⁽¹⁸⁾. Mas não cremos que se possa falar de um ónus alargado de examinar a coisa, a recair sobre o consumidor. Apenas naqueles casos em que não era possível ignorar a desconformidade, isto é, naqueles casos em que o homem médio a não a teria ignorado se afasta a garantia que a lei prevê. Ora, em face das circunstâncias concretas, pode não ser exigível ao consumidor médio o exame da coisa comprada, no momento da celebração do negócio, ou sequer aperceber-se da não conformidade, ainda que a atividade inspetiva tenha lugar.

A conformidade é relevante no momento da entrega da coisa, o que implica que os defeitos ocorridos entre a venda e a entrega ao consumidor corram por conta do vendedor, determinando, portanto, um afastamento em relação às soluções dos arts. 796.º, CC, e 882.º, n.º 1, CC⁽¹⁹⁾. Presumem-se existentes no momento da entrega da coisa as faltas de conformi-

⁽¹⁶⁾ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 153.

⁽¹⁷⁾ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 153.

⁽¹⁸⁾ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 153.

⁽¹⁹⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 135; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 155.

dade que se manifestarem num prazo de dois ou cinco anos a contar da data da entrega, consoante a coisa seja um bem móvel ou imóvel. É também este o prazo que é concedido ao consumidor para exercer os seus direitos. O art. 5.º, n.º 1, dispõe que “o consumidor pode exercer os direitos previstos no artigo anterior quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois ou de cinco anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respetivamente, de coisa móvel ou imóvel”, consagrando o art. 5.º-A que os referidos direitos caducam nesse prazo. O consumidor deve, porém, denunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de dois meses, caso se trate de bem móvel, ou de um ano, se se tratar de bem imóvel, a contar da data em que a tenha detetado. Feita a denúncia, os direitos do consumidor caducam no prazo de dois anos a contar dela, para os bens móveis, ou no prazo de três anos, para os bens imóveis.

Quanto aos direitos que são conferidos ao consumidor, eles já estavam previstos no nosso direito interno. Contudo, os pressupostos do seu exercício divergem⁽²⁰⁾. O consumidor tem direito, caso se denote a não conformidade, à reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato, para além do direito à indemnização previsto no art. 12.º, LDC. Contrariamente ao que resulta da diretiva, o legislador português não procedeu a um escalonamento dos remédios ao dispor do consumidor. Com isto, o regime afasta-se, igualmente, da solução consagrada no art. 914.º, CC, que apenas admite a substituição em lugar da reparação quando for necessário e se a coisa for fungível, excluindo-a se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece⁽²¹⁾. De acordo com o Decreto-Lei n.º 67/2003, o consumidor apenas ficará impedido de lançar mão dos direitos em questão quando tal for impossível ou constituir abuso do direito. Para reforço da posição do consumidor, o n.º 2 do art. 4.º Decreto-Lei n.º 67/2003 determina que, tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, e tratando-se de um bem móvel, num prazo máximo de 30 dias. Em ambos os casos, a reparação ou a substituição não podem comportar grave inconveniente para o consumidor.

Solução inovadora é a que resulta do art. 6.º Decreto-Lei n.º 67/2003, ao consagrar a responsabilidade direta do produtor. Ficam, porém, limitados os direitos que o consumidor pode exercer perante aquele à reparação e à substituição.

⁽²⁰⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 135.

⁽²¹⁾ Frisando o ponto, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 157.

4. A Diretiva (UE) 2019/771, de 20 de maio de 2019

4.1. O âmbito de aplicação

Dispõe o art. 3.º da Diretiva (UE) 2019/771, de 20 de maio de 2019, que ela é aplicável aos contratos de compra e venda entre um consumidor e um vendedor; e aos contratos celebrados entre um consumidor e um vendedor para o fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, que são considerados, para estes efeitos, contratos de compra e venda. Significa isto que, a despeito da designação que conhece, a Diretiva se aplica igualmente aos contratos de empreitada, o que não configura novidade bastante, já que o art. 1.º-A DL n.º 67/2003 dispõe, exatamente, que o diploma “é, ainda, aplicável, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo”.

Já no que diz respeito ao bem objeto do contrato parece haver um alargamento. Se o art. 1.º-B/b) DL n.º 67/2003 definia bem de consumo como qualquer bem, imóvel ou móvel corpóreo, incluindo bens vendidos em segunda mão, com a Diretiva passa a ser considerado qualquer bem móvel tangível e qualquer bem com elementos digitais, isto é, qualquer bem móvel tangível que incorpore ou esteja interligado com um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções. Apesar de a diretiva não se aplicar aos contratos para o fornecimento de conteúdo ou serviços digitais, é aplicável a conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens, ou que estejam interligados com esses bens, e sejam fornecidos com eles nos termos de um contrato de compra e venda, independentemente de serem fornecidos pelo vendedor ou por um terceiro. Nos termos do art. 3.º/3, “em caso de dúvida sobre se o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados fazem parte do contrato de compra e venda, presume-se que os conteúdos ou serviços digitais estão abrangidos pelo contrato de compra e venda”. Estes conteúdos digitais traduzem-se nos dados produzidos e fornecidos em formato digital, entre os quais se integram os sistemas operativos, aplicações e outro *software*.

De acordo com o *considerandum* 15, «a inclusão do fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados no contrato de compra e venda celebrado com o vendedor deverá depender do conteúdo desse contrato. A presente diretiva deverá incluir conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados cujo fornecimento seja explicitamente exigido pelo contrato. Deverá também incluir os contratos de compra e

venda que podem ser entendidos como abrangendo o fornecimento de conteúdos específicos ou a prestação de um de um serviço digital específico, atendendo a que esses conteúdos e serviços são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar a sua presença, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor. Se, por exemplo, uma televisão inteligente tiver sido anunciada como incluindo uma determinada aplicação de vídeo, considerar-se-á que tal aplicação faz parte do contrato de compra e venda. Esta solução deverá aplicar-se independentemente de os conteúdos ou serviços digitais estarem pré-instalados nos próprios bens ou terem de ser descarregados posteriormente noutros dispositivos e estarem apenas interligados aos bens. A título de exemplo, um telemóvel inteligente pode vir com uma aplicação normalizada pré-instalada fornecida nos termos do contrato de compra e venda, como por exemplo uma aplicação de alarme ou uma aplicação de câmara. Outro exemplo possível é o de um relógio inteligente. Nesse caso, o próprio relógio seria o bem que integra elementos digitais, que só podem desempenhar as suas funções com uma aplicação fornecida nos termos do contrato de compra e venda, mas que deverá ser descarregada pelo consumidor num telemóvel inteligente; nesse caso, a aplicação seria assim o elemento digital interligado. Tal deverá aplicar-se também se os conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não forem fornecidos pelo próprio vendedor, mas sim, nos termos do contrato de compra e venda, por terceiros. A fim de evitar incertezas para os operadores e para os consumidores relativamente à questão de saber se o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais faz parte do contrato de compra e venda, deverão aplicar-se as regras da presente diretiva».

Porém, nos termos do *considerandum* 16, «se a falta de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não impedir os bens de desempenharem as suas funções ou se o consumidor celebrar um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais que não faça parte de um contrato de compra e de bens com elementos digitais, esse contrato deverá considerar-se distinto do contrato de compra e venda dos bens, mesmo que o vendedor atue como intermediário nesse segundo contrato com o operador terceiro, e poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE)2019/770. Por exemplo, se o consumidor descarregar uma aplicação de jogo de uma loja de aplicações para um telemóvel inteligente, o contrato de fornecimento da aplicação de jogo é distinto do contrato de compra e venda do próprio telemóvel inteligente. Por conseguinte, a presente diretiva deverá apenas aplicar-se ao contrato de compra e venda

do telemóvel inteligente, enquanto o fornecimento da aplicação de jogo deverá estar abrangido pela Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas. Outro exemplo é o caso em que é expressamente acordado que o consumidor compra um telemóvel inteligente sem um sistema operativo específico e posteriormente celebra com um terceiro um contrato para o fornecimento de um sistema operativo. Nesse caso, o fornecimento do sistema operativo comprado em separado não faz parte do contrato de compra e venda e, por conseguinte, não é abrangido pelo âmbito de aplicação da presente diretiva, mas poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas».

Resultam daqui algumas ideias fundamentais. Em primeiro lugar, a Diretiva (UE) 2019/771 só pode ser compreendida na sua articulação com a Diretiva (UE) 2019/770, da qual é complementar. O novo enquadramento normativo que resulta desta complementaridade é pensado para fazer face a muitos problemas suscitados pelos novos conteúdos digitais. Fundamental é, pois, distinguir — como também já tinha sido prenunciado das nossas anteriores considerações — o tipo contratual concretamente em causa, para o que, quando se lide com bens digitais, haveremos de ter em conta a estrutura e a intencionalidade do acordo firmado entre as partes.

Tomando como referente, por exemplo, a aquisição de um *smartphone* ou de um *tablet*, e em concordância com o que as diretivas analisadas dispõem, se o bem é adquirido na pressuposição de que integra um determinado sistema operativo, sem o qual não funciona, o bem digital faz parte do conteúdo do contrato de compra e venda, fazendo parte integrante do bem material em questão; pelo contrário, se o *smartphone* ou *tablet* tiverem sido adquiridos com a consciência da inexistência de um sistema operativo específico, que será disponibilizado por um terceiro, então, tal sistema operativo não faz parte do contrato de compra e venda, não integrando incindivelmente o bem material, hipótese em que estaremos diante de um contrato de prestação de um serviço conjugado com um contrato de compra e venda. É neste ponto que o fornecedor do sistema operativo pode ser diretamente responsabilizado pelo consumidor. Ora, tendo em conta os remédios que a Diretiva consagra, esta inovação pode ser fundamental para dar resposta aos consumidores no quadro da aquisição de produtos que sejam integrados por conteúdos digitais ou *software*⁽²²⁾.

(22) Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Produtos complexos e proteção do consumidor — breve reflexão a propósito do caso Huawei/Google”, *Revista de Direito Comercial*, 3-2019, p. 545, ss.

Por outro lado, a Diretiva, apesar de se estabelecer como uma diretiva de harmonização máxima⁽²³⁾, admite que os Estados-membros possam decidir se incluem no âmbito de relevância do diploma que a transponha, abrangendo na compra e venda de consumo, as vendas em segunda mão (atualmente disciplinadas pelo DL n.º 67/2003) e a venda de animais (hoje em dia excluídas do âmbito de aplicação do citado diploma)⁽²⁴⁾.

Do mesmo modo, os Estados-membros são livres de estabelecer a concreta disciplina da compra e venda de bens imóveis. De acordo com o *considerandum* 12, «a presente diretiva só deverá ser aplicável aos bens móveis tangíveis que constituam bens na aceção da presente diretiva. Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, ser livres para regular os contratos de compra e venda de bens imóveis, tais como edifícios residenciais, e os seus principais componentes destinados a constituir uma parte importante desses bens imóveis». Também neste ponto não parece haver uma imposição de restrição do âmbito de proteção que, atualmente, é dispensado aos consumidores, tudo dependendo da posição que o legislador português venha a adotar.

4.2. O princípio da conformidade e a responsabilidade do vendedor

A Diretiva (UE)2019/770 mantém-se fiel, à semelhança da Diretiva 1999/44/CE, ao princípio da conformidade dos bens ao conteúdo do contrato. O mesmo é enunciado no art. 5.º, que serve de pórtico de entrada para a enunciação dos requisitos subjetivos e objetivos a que o bem deve obedecer.

Estabelecem-se, então, requisitos objetivos (art. 7.º) e requisitos subjetivos (art. 6.º) de conformidade.

Assim, os bens devem ser adequados às utilizações a que os bens do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta o direito da União e os direitos nacionais aplicável, as normas técnicas, ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis; possuir a qualidade e corresponder à descrição de uma amostra ou

⁽²³⁾ Cf. art. 4.º: Os Estados-Membros não podem manter ou introduzir no seu direito nacional disposições divergentes das previstas na presente diretiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objetivo garantir um nível diferente de proteção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente diretiva.

⁽²⁴⁾ Cf., *supra*, o que se disse sobre o ponto.

modelo que o vendedor tenha disponibilizado ao consumidor antes da celebração do contrato; ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, que são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor, particularmente através de publicidade ou de rotulagem. Tal como no anterior regime, o vendedor não fica vinculado pelas declarações públicas do produtor ou de terceiro, se demonstrar que não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa; se no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tinha sido corrigida de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; ou se a decisão de comprar os bens não poderia ter sido influenciada pela declaração pública.

No caso de bens com elementos digitais, o vendedor deve assegurar que o consumidor seja informado sobre as atualizações e que estas lhe sejam fornecidas, incluindo atualizações de segurança, quando sejam necessárias para colocar tais bens em conformidade, durante o período em que o consumidor pode razoavelmente aspirar por essa conformidade, dado o tipo e finalidade dos bens e dos elementos digitais, e tendo em consideração as circunstâncias e natureza do contrato, caso o contrato de compra e venda estipule um único fornecimento do conteúdo ou serviço digital; ou durante o período indicado no art. 10.º, n.º 2 ou n.º 5, sempre que o contrato de compra e venda estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um determinado período. Porém, se o consumidor não proceder à instalação, num prazo razoável, das atualizações fornecidas, o vendedor não é responsável por qualquer falta de conformidade resultante unicamente da falta de atualização em causa, desde que o vendedor tenha informado o consumidor sobre a disponibilidade da atualização e as consequências da sua não instalação; ou desde que a não instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consumidor não se tenha ficado a dever a deficiências nas instruções de instalação fornecidas ao consumidor.

No que respeita à conformidade subjetiva, os bens devem corresponder à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características, tal como exigidas pelo contrato de compra e venda; ser adequados a qualquer

finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao vendedor o mais tardar no momento da celebração do contrato e relativamente à qual o operador tenha manifestado concordância; ser entregues juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda; e ser fornecidos com todas as atualizações, tal como estipulado no contrato de compra e venda.

Pode ainda haver falta de conformidade por uma incorreta instalação, nos termos do art. 8.º.

A formulação dos índices de conformidade com o contrato não é totalmente coincidente. Vejamos.

Se com o DL 67/2003 se presume que os bens de consumo não são conformes com o contrato se se verificar que não são conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou se não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo; a Diretiva estabelece como requisito de conformidade o facto de o bem possuir a qualidade e corresponder à descrição de uma amostra ou modelo que o vendedor tenha disponibilizado ao consumidor antes da celebração do contrato. A exclusão da referência à descrição que o vendedor haja feito dos bens não é determinante, na medida em que, entre os requisitos subjetivos, se determina que os bens devem corresponder à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características, tal como exigidas pelo contrato de compra e venda.

Do mesmo modo, se o DL n.º 67/2003 presume a falta de conformidade quando o bem não é adequado ao uso específico para o qual o consumidor o destine e do qual tenha informado o vendedor, no momento da celebração do contrato, tendo aquele aceitado, ou quando o bem não é adequado às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo; a Diretiva impõe como requisito de conformidade subjetiva que os bens sejam adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao vendedor o mais tardar no momento da celebração do contrato e relativamente à qual o operador tenha manifestado concordância e complementa este requisito com outro de índole objetiva: corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, que são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o pro-

dutor, particularmente através de publicidade ou de rotulagem. Integram-se, aqui, fatores de conformidade que contendem, igualmente, com outra das presunções a que acedemos por via do DL n.º 67/2003. Na verdade, presume-se a não conformidade com o contrato quando o bem de consumo não apresente as qualidades e o desempenho habituais dos bens do mesmo tipo, que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou por um seu representante, nomeadamente através da publicidade ou da rotulagem. Mas, se aqui se fala apenas das qualidades e desempenho habituais, a Diretiva refere-se à qualidade e outras características, como a funcionalidade e durabilidade, o que parece apontar para a compatibilidade entre as duas disciplinas no que respeita a este aspeto específico. A Diretiva estabelece, ainda, como requisitos de conformidade que os bens sejam adequados às utilizações a que os bens do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta o direito da União e os direitos nacionais aplicáveis, as normas técnicas, ou, na falta delas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis. Ademais, especifica-se que os bens devem ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber.

Significa isto que, apesar de formulações diversas, a Diretiva, neste aspeto, não restringe — antes pelo contrário — a proteção que é devida ao consumidor.

O vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que os bens foram entregues e se manifeste num prazo de dois anos a contar desse momento. No caso de bens com elementos digitais, caso o contrato estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um determinado período, o vendedor é também responsável por qualquer falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital que ocorra ou se manifeste no prazo de dois anos a contar da data em que os bens com elementos digitais foram entregues. Caso o contrato estipule o fornecimento contínuo durante um período superior a dois anos, o vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais que ocorra ou se manifeste no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos nos termos do contrato de compra e venda, de acordo com o art. 10.º.

O paralelo com a Diretiva (UE) 2019/770 é evidente. Determina esta, no seu art. 5.º/1, que o profissional deve fornecer os conteúdos ou serviços digitais ao consumidor, sem demora indevida, depois da celebração do

contrato, e em conformidade com os requisitos objetivos e subjetivos, consagrados nos arts. 7.º e 8.º. Ou seja, os conteúdos ou serviços digitais devem corresponder à descrição, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características exigidas pelo contrato; ser adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao profissional, o mais tardar no momento da celebração do contrato, e relativamente à qual o profissional tenha manifestado concordância; ser fornecidos juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, e apoio ao cliente, tal como exigidos pelo contrato; ser atualizados; ser adequados às utilizações a que os conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta, sendo caso disso, o direito da União e o direito nacional em vigor, as normas técnicas ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis; corresponder à quantidade e possuir as qualidades e as características de desempenho, inclusive no que respeita à funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, que são habituais em conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza do conteúdo ou serviço digital e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo profissional ou em nome deste, ou por outras pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual, particularmente através de publicidade ou rotulagem; ser fornecidos juntamente com os acessórios e as instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; e estar em conformidade com quaisquer versões de teste ou pré-visualizações dos conteúdos ou serviços digitais disponibilizadas pelo profissional antes da celebração do contrato.

Por outro lado, o prestador do serviço deve fornecer as atualizações necessárias, incluindo atualizações de segurança, durante o período em que os conteúdos digitais ou os serviços digitais devam ser fornecidos nos termos desse mesmo contrato, nas hipóteses de fornecimento contínuo durante um determinado lapso temporal; ou, nos casos em que há único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, durante o período em que o consumidor possa razoavelmente contar com esse serviço acessório, dado o tipo e finalidade dos conteúdos ou serviços digitais e tendo em consideração as circunstâncias e natureza do contrato. Exige-se da parte do consumidor a diligência para proceder às referidas atualizações, sob pena de se excluir qualquer responsabilidade do fornecedor.

Lidamos, assim, com duas hipóteses distintas: uma em que existe um único fornecimento ou diversos atos individuais de fornecimento; outra em que o fornecimento é contínuo. No primeiro caso, o fornecedor é res-

ponsável por qualquer falta de conformidade que exista no momento do fornecimento; na segunda alternativa, o profissional é responsável pelas faltas de conformidade que ocorram ou se manifestem no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos.

Voltando à Diretiva (UE) 2019/771, importa referir que a não verificação de um dos requisitos de conformidade permite presumir a desconformidade no momento da entrega dos bens. O art. 11.º dispõe que “qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de um ano a contar da data em que os bens foram entregues é considerada existente à data em que os bens foram entregues, a menos que se comprove o contrário ou que tal presunção seja incompatível com a natureza dos bens ou com a natureza da falta de conformidade. O presente número aplica-se igualmente aos bens com elementos digitais”. No tocante aos bens com conteúdos digitais, quando o contrato de compra e venda estipule o fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais durante um determinado período, o ónus da prova relativo à determinação da conformidade do conteúdo ou serviço digital durante o período de responsabilidade do vendedor incumbe a este relativamente a qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de um ano a contar da data da entrega.

A Diretiva (UE) 2019/771 consagra, à semelhança do que já ocorria anteriormente, uma presunção de desconformidade no momento da entrega do bem, sempre que se detete qualquer falta de conformidade com os requisitos subjetivos ou objetivos no prazo de um ano. A presunção pode ser ilidida, pela prova do contrário, e afastada quando seja incompatível com a natureza dos bens ou da falta de conformidade. Há, portanto, um encurtamento do prazo de dois, previsto no art. 3.º/2 DL n.º 67/2003, para um ano no que respeita ao período de relevância da verificação da falta de conformidade para efeitos de presunção, solução desfavorável ao consumidor. Mas, importa referir que a Diretiva admite que os Estados Membros alarguem o prazo para dois anos, nos termos do n.º 2 do art. 11.º. Além disso, o prazo da garantia, ou seja, a responsabilidade do vendedor mantém-se por um período de dois anos, de acordo com o 10.º/1 Diretiva, o que significa que, depois de um ano a contar da entrega dos bens, a prova da falta de conformidade correrá por conta do consumidor.

Em compensação, se, nos termos do DL n.º 67/2003, embora deixasse de recair sobre o consumidor o ónus, muitas vezes excessivo, de verificar as qualidades da coisa no momento da entrega, passando a impender sobre o vendedor a garantia da inexistência de desconformidades do bem com o contrato, se considerava, numa posição que, como vimos, parte da doutrina considerava demasiado onerosa para o adqui-

rente, que a garantia de conformidade podia ser excluída se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tivesse conhecimento da falta de conformidade ou não pudesse razoavelmente ignorá-la, ou se esta decorresse de materiais fornecidos pelo consumidor, com a Diretiva (UE) 2019/771, a garantia de conformidade só pode ser afastada se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tiver sido especificamente informado de que uma característica particular dos bens se desviava dos requisitos objetivos de conformidade e o consumidor tiver expressa e separadamente aceitado esse desvio aquando dessa celebração.

No tocante aos conteúdos digitais, a responsabilidade do vendedor estende-se por um prazo superior nos termos do art. 10.º/2 Diretiva (UE) 2019/771, o que significa que se tem em conta a natureza específica dos bens concretamente em causa. Também a presunção de desconformidade nestes casos segue regras especiais, consoante o disposto no art. 11.º/3 Diretiva e conforme vimos *supra*.

4.3. Os remédios

Havendo desconformidade, o consumidor tem direito à reposição, à redução proporcional do preço ou à rescisão do contrato.

A reposição implica a escolha entre a reparação do bem e a sua substituição, a menos que o meio de ressarcimento escolhido seja impossível, ou, em comparação com outro meio de ressarcimento, imponha ao vendedor custos que sejam desproporcionados. O vendedor pode, por seu turno, recusar repor a conformidade dos bens se a reparação ou a substituição forem impossíveis ou impuserem custos ao vendedor que sejam desproporcionados.

O juízo acerca desta desproporcionalidade deve ter em conta todas as circunstâncias, designadamente as previstas no art. 13.º/2 Diretiva (UE) 2019/771. A saber: o valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade; a importância da falta de conformidade; e a possibilidade de recorrer ao meio de ressarcimento alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor.

A ideia de proporcionalidade parece, assim, cumprir uma dupla função. Por um lado, ela é critério de limitação da possibilidade de escolha entre a reparação e a substituição, no quadro do exercício do direito à reposição; por outro lado, é causa de justificação para o vendedor se eximir ao cumprimento da obrigação de reparar ou substituir o bem.

Note-se, ainda, que a reparação ou a substituição devem ser feitas a título gratuito, num prazo razoável a contar do momento em que o vendedor tenha sido informado pelo consumidor da falta de conformidade, e sem inconveniente importante para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e a finalidade se destinam.

O comprador terá direito, ainda, à redução do preço ou à resolução do contrato. Mas estes direitos só podem ser exercidos se o vendedor não efetuar a reparação ou a substituição ou não efetuar a reparação ou a substituição nos termos em que a deveria fazer, de acordo com o art. 14.º Diretiva, ou se se recusar a reparar ou a substituir o bem com base na impossibilidade do remédio ou na desproporção dos custos que envolvem; se se verificar uma falta de conformidade apesar da tentativa de repor os bens em conformidade; se a falta de conformidade for de natureza tão grave que justifica a imediata redução do preço ou a rescisão do contrato de compra e venda; ou se o vendedor declarar ou for evidente das circunstâncias que não irá repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem inconvenientes importantes para o consumidor.

Sublinhe-se, também, que o direito à resolução deixa de existir se a falta de conformidade for menor. A solução extrai-se do art. 13.º/5 Diretiva (UE) 2019/771, mas decorreria igualmente do princípio da boa-fé, na sua dimensão negativa.

Abandona-se, neste quadro, uma ideia de perfeita alternativa entre os diversos remédios que o ordenamento jurídico passa a predispor para satisfazer o interesse do consumidor. Se nos termos do art. 4.º/5 DL 67/2003, o consumidor pode exercer qualquer dos direitos previstos na lei — reparação, substituição do bem, redução do preço ou resolução do contrato —, exceto se tal se manifestar impossível ou constituir abuso do direito, agora o direito à redução do preço ou à resolução do contrato surgem como subsidiários. Além disso, o consumidor deixa de ter como limite ao exercício dos seus direitos — pela ordem legalmente prevista — o abuso do direito para passar a estar em causa uma ideia de desproporcionalidade que com aquele não coincide necessariamente.

Também no âmbito da Diretiva (UE) 2019/770, complementar da Diretiva (UE) 2019/771, se perde uma ideia de alternatividade entre os remédios postos à disposição do consumidor. Em casos de não fornecimento, este deve solicitar ao profissional o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais; caso tal não ocorra, sem demora indevida, ou num prazo adicional, convencionado pelas partes, tem direito a resolver o contrato. O direito à resolução opera imediatamente se o fornecedor declarar que não vai fornecer os conteúdos ou serviços digitais ou se tiver sido conven-

cionado um termo necessário. Nas hipóteses de falta de conformidade, o consumidor tem direito à reposição dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade, salvo se tal for impossível ou se se manifestar desproporcional para o fornecedor, a uma redução do preço ou à resolução do contrato. Ou seja, estes remédios não são alternativos, existindo uma precedência necessária entre eles.

4.4. A responsabilidade do produtor

Se nos termos do art. 6.º DL n.º 67/2003, o produtor é diretamente responsável perante o consumidor pela reparação ou substituição, salvo se elas se manifestarem impossíveis ou desproporcionadas tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor, podendo, porém o produtor opor-se ao exercício dos direitos pelo consumidor se se verificar um dos factos previstos no n.º 2 do citado preceito⁽²⁵⁾, a Diretiva (UE) 2019/771 não consagra qualquer norma atinente à responsabilidade direta do produtor, apenas se referindo a ela nas hipóteses de estabelecimento de garantias voluntárias.

Sobre este aspeto, o *considerandum* 63 da Diretiva (UE) 2019/771 dispõe que «a questão de saber se o consumidor pode igualmente apresentar uma reclamação diretamente contra uma pessoa em fases anteriores da cadeia de transações não é regulada pela presente diretiva, exceto nos casos em que um produtor ofereça ao consumidor uma garantia comercial pelos bens».

Ora, parece que, embora se esteja diante de uma diretiva de harmonização máxima, a interpretação do diploma, do seu sentido e intencionalidade, à luz do *considerandum* citado nos autoriza a considerar que a solução da responsabilidade direta do produtor não é obstada pela nova disciplina. Na verdade, em vez de se opor a ela, parece que o diploma simplesmente não a regula.

⁽²⁵⁾ A saber: ter o defeito resultado exclusivamente das declarações do vendedor sobre a coisa e a sua utilização ou de má utilização; o defeito não existir no momento em que entrou em circulação; não ter fabricado a coisa para venda ou qualquer outra forma de distribuição com fins lucrativos, ou não a ter fabricado ou distribuído no quadro da sua atividade profissional; ou terem decorrido mais de dez anos sobre a colocação da coisa em circulação.

Admite-se, porém, que o vendedor possa exercer o seu direito de regresso perante as pessoas responsáveis em fases antecedentes da cadeia de transações. Significa isto que o produtor será responsável pela não conformidade, necessariamente, mesmo que o ordenamento jurídico — na transposição necessária da diretiva — opte pela não responsabilidade direta.

5. As linhas orientadoras da proteção do consumidor no âmbito da compra e venda: reflexão conclusiva

A breve descrição das alterações introduzidas pela Diretiva (UE) 2019/771 abre-nos as portas a algumas conclusões.

Desde logo, o facto de estarmos diante de uma Diretiva de harmonização máxima pode determinar uma diminuição das garantias de que os consumidores portugueses beneficiavam em matéria de compra e venda de bens de consumo.

Mas, em compensação, cremos que o novo quadro normativo a que assim acedemos, na sua articulação com o que é desenhado a partir da Diretiva (UE) 2019/770, permite uma tutela acrescida noutros aspetos.

A nova disciplina afigura-se particularmente importante quando esteja em causa a venda de bens com conteúdos digitais, bem como a prestação de conteúdos digitais. Pense-se na hipótese de venda de um determinado telemóvel inteligente ou *tablet*, impedindo, passado algum tempo, o fornecedor do *software* (do sistema operativo) que o integra que ele funcione naquele aparelho. O caso hipotético tem contornos *quase* reais, como resultado da guerra económica entre a China e os EUA, a determinar o antagonismo entre a Google e a Huawei, não se encontrando uma forma de tutela direta e segura do consumidor no nosso ordenamento jurídico, exceto se recorrêssemos a expedientes interpretativos complexos⁽²⁶⁾.

Na verdade, a disciplina da responsabilidade civil do produtor não nos auxilia numa hipótese como esta, porque não só não há defeito, como no momento em que o produto entrou em circulação não existia qualquer problema, bem como porque não estão em causa danos sofridos num terceiro bem, diferente do produto; o regime das garantias associadas às vendas de bens de consumo não assimila o âmbito de relevância do problema,

(26) Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Produtos complexos e proteção do consumidor — breve reflexão a propósito do caso Huawei/Google”, p. 545, ss.

já porque não há, no momento da entrega da coisa, qualquer desconformidade entre o bem e o contrato, já porque, demandado o produtor (do produto final), este pode invocar que, aquando da entrada em circulação do produto, não havia qualquer desconformidade, que se vem a revelar supervenientemente e por força da atuação de um terceiro. Acresce que o “defeito” se verifica num componente não corpóreo, o que pode acarretar problemas de assimilação pelo âmbito de relevância do DL 67/2003, atenta a noção de bem com que somos confrontados⁽²⁷⁾.

Ademais, parece que a intencionalidade do regime da venda de bens de consumo e das garantias a ela associadas afasta do núcleo de relevância do mesmo o produtor de partes integrantes do produto final. E entende-se. O produtor do bem consumido não se desonera pelo facto de a falta de conformidade do bem com o contrato resultar de uma parte componente, desde que ela existisse no momento da entrada do produto em circulação. Se é certo que a responsabilidade do produtor do produto final, no âmbito da responsabilidade do produtor, também não desaparece pelo facto de o defeito se verificar numa parte componente ou na matéria-prima, a verdade é que, afastando-nos do plano dos interesses em conflito, para mergulharmos no plano da fundamentação, percebemos que a transposição da solução de chamar para o núcleo de relevância do regime o produtor de partes componentes deste domínio para o da garantia das vendas de bens de consumo é inviável. Na verdade, o produtor da parte componente, do ponto de vista extracontratual, assume uma esfera de risco ao colocar o bem em circulação, ainda que para o integrar noutra produto, em nome de uma ideia de responsabilidade pelo outro; do ponto de vista contratual, apenas poderá vir a ser assacada a responsabilidade àquele que se vinculou

⁽²⁷⁾ Tenha-se, porém, em conta a problemática que envolve a qualificação das coisas como corpóreas. Um exemplo paradigmático disso mesmo é a eletricidade entendida pelos autores como uma coisa corpórea, embora imaterial. Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, ponto 201. Concretamente sobre o *software*, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, *Parte Geral. Coisas*, 4.^a ed. (com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO), Coimbra, 2019, p. 172, considerando que “alguma doutrina, particularmente sugestionada pelas vantagens em aplicar, ao *software*, o regime próprio do vício sobre a coisa vendida, veio defender que a programação seria uma coisa corpórea, no sentido do §90 do BGB. Subsequentemente, porém, quer a doutrina, quer a jurisprudência se distanciaram de tal orientação: os suportes seriam coisas corpóreas; a própria programação em si seria, antes, uma coisa incorpórea. Todavia, seria possível aplicar-lhe, quando a analogia das situações o justificasse e com as adaptações necessárias, o regime das coisas corpóreas”. Sobre o ponto, num sentido problematizador, veja-se, ainda, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, propondo, a propósito da noção de produto para efeitos de responsabilidade do produtor, uma noção alargada de coisa móvel, nela compreendendo tudo aquilo que divirja de um bem imóvel ou de um serviço, independentemente de o bem ser tangível ou intangível.

ou, em última instância, àquele que viola deveres decorrentes da boa-fé, no quadro de uma relação de confiança que se gera. Ora, parece que é este dado fundacional que está ausente. A relação de confiança que se pode denotar entre o produtor final e o consumidor final — em nome das declarações por aquelas prestadas, pela rotulagem ou pela publicidade, v.g. — desaparece quando pensamos em partes componentes em geral. Por outro lado, podendo o produtor da parte componente ser visto como um auxiliar do produtor final, este seria sempre contratualmente responsável pela defeituosidade que aquele protagonizasse, nos termos do art. 800.º, CC (ultrapassando-se, até, a mera responsabilidade pela reparação ou substituição da coisa).

Ora, estando em causa bens digitais ou com conteúdo digital, se devidamente ponderado o problema se pode aventar a hipótese de uma concreta relação contratual ou quase contratual entre o produtor do *software* e o consumidor, a sustentar uma concreta responsabilidade contratual pela defeituosidade daquela parte componente do produto final, naquelas hipóteses em que se gerou uma relação de confiança especial entre aquele produtor do *software* e o consumidor, as dificuldades são evidentes: é que para que a solução responsabilizatória possa proceder, para além de termos de afastar a relação de mero auxiliar entre produtor final e produtor do *software*, será necessário que a prestação não se cumpra com a simples entrega do bem (ou com a simples incorporação do *software* no bem), pois, nesse momento, o bem estava perfeito.

Em alternativa, era viável pensar-se na disponibilização do mencionado *software* como a prestação de um serviço que é fornecido como execução de um contrato previamente estabelecido entre a entidade que desenvolve o *software* e o produtor do telemóvel. Ora, a partir dessa ideia, eram em teoria cogitáveis vias alternativas de enquadramento dogmático da situação. Entre o produtor do *hardware* e o produtor do *software* teria sido celebrado um contrato de utilização de tecnologia e esse contrato teria eficácia em relação aos terceiros que adquiram o produto final. Mais do que uma mera eficácia protetiva que poderia ser descoberta à semelhança do que ocorre noutros âmbitos negociais, atenta a complexidade da relação obrigacional que fazem surgir, podíamos aventar a hipótese de uma eficácia que se estende aos deveres de prestação principal. Estaríamos, nesse caso, diante de um contrato a favor de terceiro, por meio do qual a entidade que desenvolve o *software* se obriga perante o produtor do telemóvel a disponibilizar o sistema operativo aos terceiros que adquiram os produtos daquele. A hipótese faz sentido em termos dogmáticos, tanto quanto se compreenda que o adquirente do dispositivo eletrónico não passa a ter um

poder direto e imediato sobre o sistema operativo, ficando sempre dependente — para a utilização do mesmo — da prestação de quem o criou. Mas mesmo que assim não seja, se, por exemplo, estiver em causa uma licença de utilização para o produtor do dispositivo móvel, com vista a que a mesma seja posteriormente usada por terceiros (consumidores finais), sempre se haveria de considerar que o contrato de licenciamento envolveria uma eficácia protetiva para terceiros. Em termos fácticos, tal implica que a partir da disponibilização do código do *software*, que viabiliza a configuração e funcionamento do dispositivo móvel, a entidade que o desenvolve tenha de garantir todas as atualizações de segurança aos terceiros — traduzir-se-ia nisto a prestação do fornecedor do *software*, durante a vida do dispositivo móvel, já que a prestação principal se traduziria na disponibilização do código do *software* para ser utilizado pelo produtor do telefone ou *tablet*. Simplesmente, pergunta-se: a integração do consumidor no âmbito de proteção do contrato deixaria de existir a partir do momento em que se verificasse a rescisão daquele contrato de licenciamento? Ora, se é verdade que, no quadro de um contrato com eficácia de proteção para terceiros, o terceiro não pode exigir o cumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé, dado que os distancia dos contratos a favor de terceiro, não é menos certo que muitos autores advertem para o facto de os deveres de proteção (os que estão em causa a este propósito) poderem perdurar depois da extinção da obrigação e mesmo quando o contrato não seja válido⁽²⁸⁾. Questiona-se, ainda, em que medida é possível configurar a existência de um contrato diretamente celebrado entre o consumidor e o fornecedor do *software*. Na verdade, não raras vezes, a utilização do sistema operativo e das funcionalidades que lhe andam associadas implica a adesão a um clausulado geral do fornecedor daquele que disciplina os termos e condições

(28) Muitos autores encontram aqui um argumento importante para afastar os deveres de proteção do núcleo do contrato. Nesse sentido, cf. CARNEIRO DA FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, p. 273; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, *Direito das Obrigações (Introdução, sistemas e direito europeu, dogmática geral)*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, p. 511, ss. Veja-se, ainda, LARENZ, *Lebruch des Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 14.ª ed., München, 1987, pp. 365-366. Entende o autor que o conteúdo da relação negocial só em parte se determina pela vontade das partes, sendo, no restante, completada pela ordem jurídica, pelo que abrange também os efeitos não negociais. Acaba, porém, por, aderindo a uma teoria da transformação, admitir que no caso de contratos inválidos, os deveres de proteção passariam a ter uma fundamentação legal, constituindo-se uma relação legal de proteção. A nossa posição vai no sentido da integração dos deveres de proteção no núcleo de relevância da contratualidade. Cf., *inter alia*, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico — algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II, *A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 367.

de uso. Sempre que tal aconteça, não será difícil divisar a dimensão negocial da relação que se estabelece entre ambos.

Mas, se todas estas soluções podiam e podem ser pensadas, são claras as dificuldades dogmáticas que se enfrentam, e exigir um laborioso trabalho por parte do jurista.

Com o novo quadro normativo resultante da articulação entre a Diretiva (UE) 2019/771 e 2019/770, a solução para problemas com esta envergadura torna-se mais simples, como se pode perceber pela nossa exposição anterior.

Havendo, ainda, um caminho a percorrer até à transposição das referidas Diretivas, antevê-se a este nível uma proteção acrescida para o consumidor. A preocupação é, entre outras, a de dotar o mercado digital de garantias análogas às que existiam no mercado convencional. Não se estranha, por isso, que a profunda reforma do direito do consumidor que está a ser preparada ao nível europeu, ao ponto de se questionar se estamos diante de um *new deal do consumidor*, passe, também, embora não exclusivamente, pela resposta aos problemas que a nova realidade potencia.

Note-se, a este propósito, a preocupação das instâncias europeias em chamarem para o âmbito de relevância da tutela do consumidor os contratos que tenham por objeto o fornecimento ou a prestação de conteúdos digitais ou serviços digitais. Nesse sentido, devem ser compreendidas algumas alterações contidas na proposta de Diretiva relativa ao *enforcement* e modernização do direito europeu do consumidor, que vai alterar as Diretivas 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE. Assim, segundo os novos termos propostos para a Diretiva 2005/29/CE, relativa à disciplina das práticas comerciais desleais, o produto deve passar a ser entendido como “qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, serviços digitais ou conteúdo digital, bem como direitos e obrigações”. Do mesmo modo, bem, para efeitos da Diretiva 2011/83/UE, passará a ser compreendido de acordo com a Diretiva 2019/771. No quadro dessa mesma Diretiva 2011/83/UE, o contrato de compra e venda passa a ser entendido como “o contrato nos termos do qual o vendedor transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens para o consumidor, incluindo contratos que tenham como objeto simultaneamente bens e serviços”; e o contrato de serviço surge definido como “o contrato que não o contrato de compra e venda, nos termos do qual o profissional presta um serviço, incluindo um serviço digital a um consumidor”. A diretiva também se aplica aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos por um meio tangível ou um serviço digital ao consumidor e por meio do qual o consumidor fornece dados pessoais ao profissional, exceto se os dados

pessoais fornecidos pelo consumidor forem tratados exclusivamente pelo profissional com o propósito de fornecer o conteúdo digital⁽²⁹⁾.

Os novos dados normativos podem, para além das soluções concretas que traduzem, abrir as portas a alterações noutras domínios. Assim, alguns autores já vieram considerar que as soluções pensadas ao nível das Diretivas (UE) 2019/770 e 771 não poderão deixar de se repercutir ao nível da disciplina da responsabilidade do produtor. A este propósito, Henrique Sousa Antunes, numa brilhante e inovadora análise do impacto que a era digital deverá ter nesse âmbito, aduz que, “se o conteúdo digital preservar a sua identidade relativamente ao produto acabado, o produtor daquele conteúdo deve responder diretamente perante o terceiro lesado pelas lesões pessoais ou materiais por este sofridas, compreendendo nos danos às coisas o bem tangível de suporte e os demais conteúdos digitais aí instalados. À aquisição de conteúdos digitais equipara-se a aquisição das suas atualizações”⁽³⁰⁾. Mais refere o autor que “a distinção operada pelas diretivas de 2019 proporciona o critério necessário para imputar ao produtor de conteúdos digitais o dever de indemnizar pelos “defeitos repercutentes”. Haverá exclusão da responsabilidade daquele produtor pelos danos no produto final se o contrato respeitar à venda de “bens com elementos digitais”. Nesses casos, o suporte material dos bens não é irrelevante (na verdade, é elemento determinante da compra e venda — veja-se o art. 3.º, n.º 4, da Diretiva (UE) 2019/770), ainda que os conteúdos digitais incorporados ou aos bens interligados se apurem essenciais para que o produto final desempenhe as suas funções”.

Repare-se que a preocupação é, em face da limitação dos danos ressarcíveis, no quadro da responsabilidade do produtor, aos danos causados em coisa diferente do produto, saber em que medida os conteúdos digitais podem ou não diferenciar-se dos bens materiais que lhes servem de

⁽²⁹⁾ Permita-se uma referência adicional a este ensejo. A nova proposta para a Diretiva 2011/83/UE vem, subsequentemente, reforçar os deveres de informação a cargo dos profissionais, para os ajustar aos modernos meios de comunicação, às especificidades deste tipo de contratos e aos perigos que o ambiente digital acarreta. Denota-se uma especial atenção no que respeita à necessidade de reforçar deveres de informação no quadro dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais e serviços digitais e bem assim no quadro dos contratos celebrados em *marketplaces*. A este propósito, passa a considerar-se, de acordo com a redação proposta para a Diretiva 2005/29/CE, que não especificar, aquando de uma venda feita num *Marketplace*, se o vendedor é um consumidor ou um profissional constitui uma prática enganosa. Sobre o ponto, embora não se referindo aos *marketplaces*, mas com notas que podem ser prestimosas, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/Mafalda Miranda BARBOSA, “A imposição das obrigações decorrentes do DL n.º 67/2003, de 8 de abril, ao intermediário na venda”, pp. 368-386.

⁽³⁰⁾ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”.

suporte. Mas as reflexões do autor acabam por não só vincar a cisão a que as diretivas nos conduzem, como mostrar que nas hipóteses em que o conteúdo digital faz parte integrante do produto final as soluções serão diversas daquelas a que chegamos quando o que está em causa é o fornecimento de um serviço. No fundo, é o próprio conceito de dano relevante para efeitos da responsabilidade do produtor que tem de ser reponderado.

A compra e venda está, portanto, no epicentro de uma série de alterações que se avizinham no quadro da proteção do consumidor. Ao legislador português caberá, na transposição necessária dos diplomas comunitários, acomodar as melhores soluções, dentro do que é possível, atenta a natureza de harmonização máxima da diretiva em questão. Mas esta talvez seja uma oportunidade para, indo mais além, reformar profundamente a disciplina do contrato em questão, designadamente através da unificação dos diversos regimes hoje existentes, pondo assim termo a dificuldades interpretativas com que a doutrina ainda tem de lidar, quando confrontado com a venda de coisas defeituosas regulada no Código Civil⁽³¹⁾.

(31) Neste sentido se terá pronunciado, também, PAULO MOTA PINTO, na sua intervenção oral sobre o tema, no congresso realizado pelo Centro de Direito do Consumo e pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 22 de novembro de 2019, sob o mote *Direito do Consumidor — Ruturas e continuidades após as recentes alterações legislativas*.